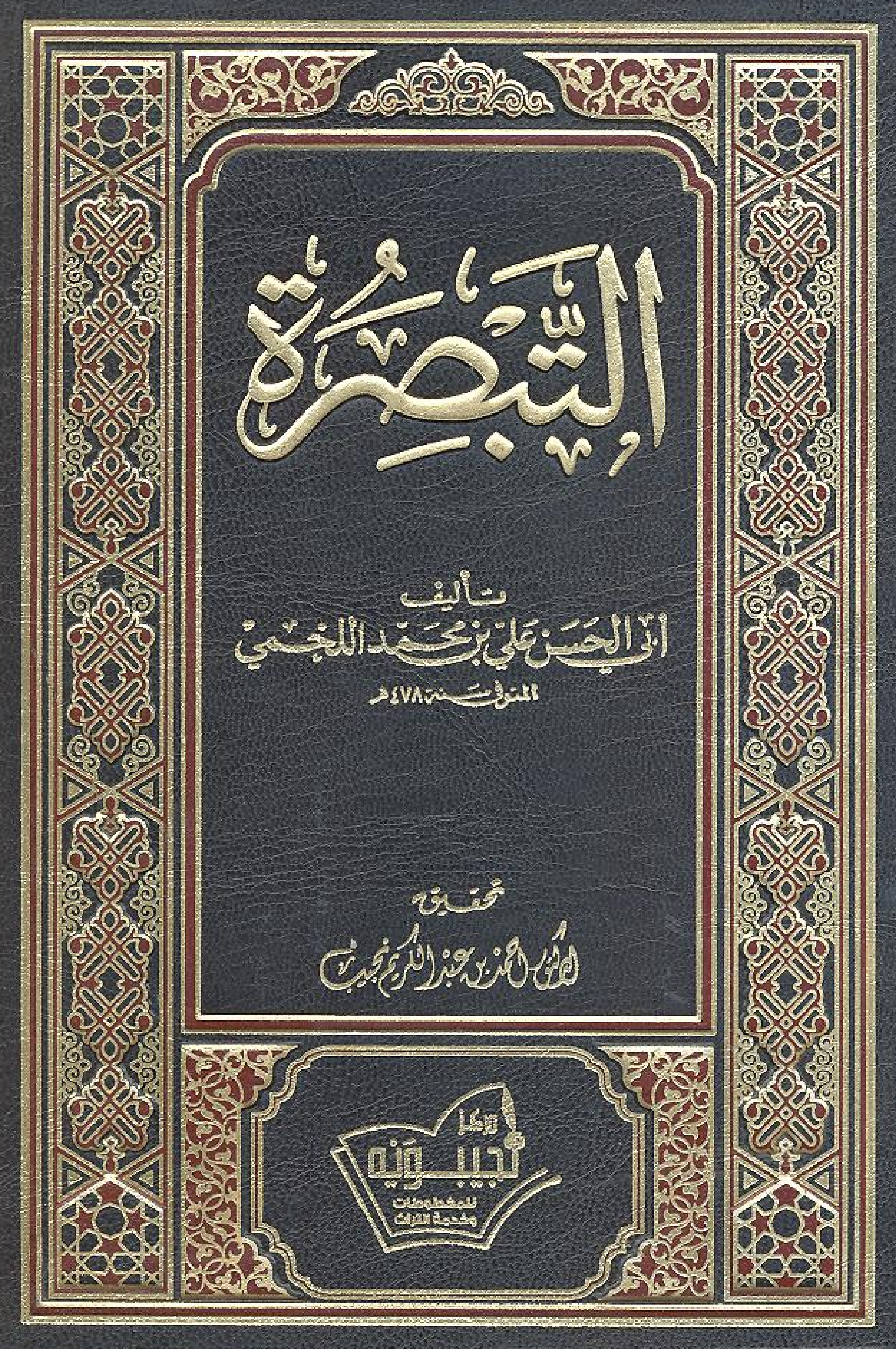
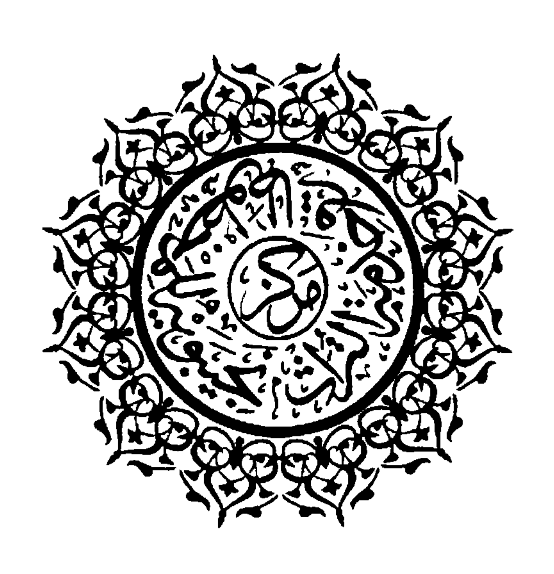
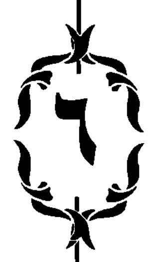
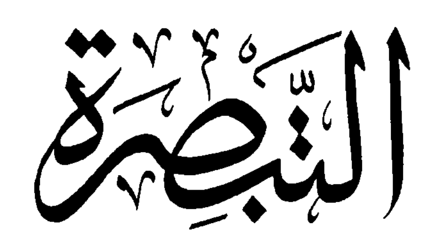

التبصرة
تأليف
أبي الحسن علي بن محمد اللخمي
المتوفى سنة ٤٧٨ هـ
تحقيق
الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب
مركز نجيبويه
للمخطوطات
وخدمة التراث




٦


التَّبْصِرَة

الطبعة الثانية

1433هـ - 2012م

تطلب منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث من:

برج (أ) - وحدة (505)
16 ش ولي العهد – حدائق القبة – القاهرة
جمهورية مصر العربية
Tel: (+20) 224875690 –1115550071

****

APT 22 - ETG 2 - IMM 6 - GH 11
Madinati - Sidi El Bernoussi
Casablanca - Royaume du Maroc
Tel: (+212) 667893030 – 678899909

****

انواكشوط ـ ilotL ـ حي المدارس ـ مقابل المتحف الوطني
الجمهورية الإسلامية الموريتانية
Tel: (+222) 6387373 – 5295911

www.najeebawaih.net
ahmed@najeeb.net



تأليف

أبي الحسن علي بن محمد اللخمي

المتوفى سنة ٤٧٨هـ

تحقيق

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

الأمين العام لرابطة الكتاب والأدباء العرب

من منشورات

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث

الطبعة الثانية


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب السلم الأول

النسخ المقابل عليها

1 - (ب)= نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 - (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤&٢٤٣)

3 -(ق٤)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)

4 - (ث) = نسخة سيدنا عثمان رقم (١٧٢)



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب السَّلَمِ الأول





باب
في المداينة وسلم الحيوان بعضه في بعض

الأصل في المداينة إلى أجل قول الله سبحانه: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢] .

قال مالك: هذه الآية تجمع الدين كله[١].

والمداينة على وجهين: على وجه المعروف، وهو القرض.

وعلى وجه المبايعة، وهي ثلاثة أقسام: بيع ما ليس بعين بالعين إلى أجل، وإسلام العين فيما ليس بعين إلى أجل[٢]، وإسلام ما ليس بعين فيما ليس بعين، وكل ذلك جائز داخل في عموم الآية.

والأصل في القرض من السنة حديث أبي رافع قال: اسْتَسْلَفَ النَّبِيُّ ﷺ بَكْرًا، فَقَضَى جَمَلاً خِيَاراً رَبَاعِيّاً[٣].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٠.

(٢) قوله: (إلى أجل)ساقط من (ت).

(٣) سبق تخريجه في كتاب الصرف، ص: ٢٨٤٦.

وفي البيع إلى أجل حديث **عائشة** رضي الله عنها قالت: اشْتَرَى النَّبِيُّ ﷺ طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ، فَرَهَنَهُ دِرْعَهُ[1].

وفي السلم حديث **ابن عباس** قال: قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ المَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ العَامَ وَالعَامَيْنِ، أو قال: العَامَيْنِ[2] وَالثَّلاثَةَ، فقال: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**»[3]. وكل هذه أحاديث صحاح اجتمع عليها البخاري ومسلم.

فصل

[في أقسام المُسْلَم فيه]

والمُسلم فيه ثلاثة: المَكيل والمَوْزُون.

والثاني: العروض وما شابهها، مما لا يجري فيه كَيل ولا وَزن.

والثالث: الحيوان والعبيد والإبل والبقر، والغنم والخيل والبغال والحمير والطير وغيرها.

فأما المَكيل والموزون فالأصل فيه حديث ابن عباس وقد تقدَّم.

وأما العروض فلم يأتِ فيه حديث، وأجمع أهل العلم على جواز السَّلَمِ فيها على صفة يحصرها ويرفع الغرر منها، ولم يأت أيْضاً في السَّلَمِ في الحيوان

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٢٩، في باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة، من كتاب البيوع، برقم (١٩٦٢)، ومسلم: ٣/ ١٢٢٦، في باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، من كتاب المساقاة، برقم (١٦٠٣).

(٢) قوله: (أو قال: العامين) ساقط من (ث).

(٣) متفق عليه، البخاري: ٢/ ٧٨١، في باب السلم في كيل معلوم، من كتاب السلم، برقم (٢١٢٤)، ومسلم: ٣/ ١٢٢٦، في باب السلم، من كتاب المساقاة، برقم (١٦٠٤).

حديث صحيح، واختلف أهل العلم في جواز السلم[١] فيه: فأجاز ذلك مالك[٢] والشافعي[٣].

وقال به من الصحابة: علي وابن عباس وابن عمر، ومن التابعين: سعيد بن المسيب والحسن البصري والنخعي وأحمد وإسحاق، ومنع ذلك أبو حنيفة[٤]، ورأى أن الصفة فيه لا تنحصر.

(ب ٣٥١/ب)

واحتج من أجاز ذلك بحديث أبي رافع في استقراض/ البكر[٥]، وبالحديث في قول النبي ﷺ: «**لاَ تَنْعَتُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ لِزَوْجِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا**»[٦]. وتحمل العاقلة دية الخطأ، وهي إبل وكل هذا فيه نظر؛ لأن القرض معروف فيستخف فيه ما لا يستخف فيما خرج على وجه البيع والمكايسة، ولأن الغرر فيما أحضر مثله وقيل مثل[٧] هذا أخف فيما لا يحضر مثله؛ لأن القرض تقدمت له عين مرئية فيرد مثله.

وأما النهي عن نعت المرأة، فإن ذلك لأنها إن كانت قبيحةً كان في نعتها ذمها وكشفها[٨] أن تعيبها لزوجها، وإن كانت جميلة فقد تُوقع في نفس

(١) في (ت): (السلف).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٥٤.

(٣) انظر: الأم للشافعي: ٣/ ١٣٥.

(٤) انظر: المبسوط: ٦/ ٢٣٩.

(٥) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٢٤، في باب من استلف شيئا فقضى خيرا منه، من كتاب المساقاة، برقم (١٦٠٠)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦٨٠، في باب ما يجوز من السلف، من كتاب البيوع، برقم (١٣٥٩).

(٦) أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٠٧، في باب لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها، من كتاب النكاح، برقم (٤٩٤٢)، بلفظ: (لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها).

(٧) قوله: (وقيل مثل) في (ث): (قبل).

(٨) في (ث): (وكشفة).

المنعوت له شيئاً، وكل هذا للمرأة مذموم، وإن لم تأتِ بحقيقة الأمر في الصفة كان كذبا(١).

وأما الدية فالأصل فيها أوسع، وهي من باب غرم المتلف، فلم تكن كابتداء البيع.

وقد قال سحنون في الشقص يؤخذ عن دية الخطأ: إنه إن كانت الدية عيناً استشفع بمثلها، وإن كانت إبلاً استشفع بقيمتها لا بمثلها(٢)؛ لأن الذي تغرمه العاقلة ليس له صفة محصورة في الجودة والدناءة، غير أن الصفة تتقارب فيما سوى بني آدم، وتتباين في بني آدم، وهي في العلي من الجواري أشد تبايناً.

وقد يكون للرجل العبد، وهو ببلد لو كان جميعهم عبيداً لم يجد من يوافقه في جميع صفاته في سِنِّهِ وطوله ولونه(٣) وجسمه وجماله ونشاطه وقوته وفهمه وذكائه وشمائله وأمانته، وقد يقول في حليته إذا باعه أو أسلمه فيه أكحل أقرن(٤) لون كذا فيجد في البلد الخلق العظيم يدخلون تحت تلك الصفة، فإذا أحضرتهم تباينوا في الثمن.

فصل

[في السَّلَمِ في الإبل والبقر والغنم والخيل والبغال والحمير]

الإبل والبقر والغنم والخيل والبغال والحمير أصناف؛ يجوز أن يسلم كل

---

(١) قوله: (كان كذبا) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦٩.

(٣) قوله: (ولونه) ساقط من (ث).

(٤) قوله: (أكحل أقرن) في (ت): (أقرن أقنى).

واحد من هذه الستة في الآخر ما خلا البغال والحمير[١]، فإنه اختلف فيهما، هل هما صنف واحد، أو صنفان[٢]؟

ويجوز أن يسلم الصنف الواحد بعضه في بعض إذا اختلفت منافعه.

فالإبل صنفان: صنف يراد للحمل عليه. وصنف يراد للركوب لا للحمل، وكل صنف منهما صنفان: جيد، وحاشي.

فيجوز أن يسلم ما يراد للحمل فيما يراد للركوب وللسير عليه، جيد أحدهما في جيد الآخر، والجيد في الرديء، والرديء في الرديء، اتفق العدد أو اختلف، وأما إذا كانت كلها تراد للحمل أو للركوب؛ فلا يجوز أن يسلم الجيد في الرديء، ولا الرديء في الجيد.

ويجوز أن يسلم جيد أحدهما في حاشيين أو أكثر، وحاشيان أو أكثر في جيد.

ولا يجوز أن يسلم واحد في واحد أي ذلك تقدم الجيد أو الرديء؛ لأنه سلف جرَّ منفعة إن تقدم الرديء، أو ضمان بجعل إن تقدم الجيد، فإن اختلف العدد وكانت الكثرة في جنبة الرديء كانت مبايعة، فيكون فضل العدد؛ لمكان الجودة.

وكذلك فعل علي بن أبي طالب ﵁ باع جملاً يدعى عصيفير بعشرين بدنة[٣] إلى أجل[٤]، ....

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤، ونص النوادر: (ومن الواضحة قال: والحمير والبغال صنفان، يجوز التفاضل بينهما إلى أجل، ولا أحد يقول بقول ابن القاسم في ذلك).

(٣) قوله: (بدنة) في (ث): (دونه).

(٤) أخرجه عبد الرزاق: ٨/ ٢٢، في باب بيع الحيوان بالحيوان، من كتاب البيوع، برقم (١٤١٤٢)، =

واشترى ابن عمر راحلة بأربعة أبعرة إلى أجل[1].

وهذا الشأن أن يقل عدد الجيد، ويكثر عدد الرديء، وإن استوى العدد كان الفضل من صاحب الجيد خاصة، فلم يدخله مبايعة، ولو أسلم نصفاً جيداً في كامل رديء؛ لجاز ودخلته المبايعة؛ لأنَّ كمال هذا في مقابلة جودة الآخر مع نقصه.

فصل

[في السَّلَمِ في الخيل والبغال والحمير]

ويجوز سلم الفرس الواحد في الفرس إذا كان يرغب في أحدهما لجماله والآخر لسرعته، فتكون حينئذٍ مبايعة[2].

فإن تساويا في السبق وأحدهما أجمل أو أردأ، أو تساويا في الجمال أو السمانة أو الرداءة وأحدهما أسبق لم يجز؛ لأنه إذا كان الفضل من أحدهما لم تكن مبايعة إلا أن يختلف العدد وتكون كثرة العدد في جنبة[3] أدناهم في السبق أو الجمال أو غيره فيكون مبايعة، فيكون قد ترك هذا الجودة لمكان فضل العدد في الآخر.

واختلف في البغال والحمير: فقال ابن القاسم: كره ذلك مالك[4]. =

والبيهقي: ٥/ ٢٨٨، في باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة، من كتاب البيوع، برقم(١٠٣١٠).

(١) أخرجه البيهقي: ٥/ ٢٨٨، في باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة، من كتاب البيوع، برقم (١٠٣١١).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٧١.

(٣) في (ت): (جهة).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٥٤.

وكأنه رآهما صنفاً واحداً، وجعلهما ابن حبيب صنفين، يجوز سلم أحدهما في الآخر[١].

والقول الأول أحسن؛ لأن منافعهما متقاربة إما أن تراد للحمل أو للركوب، وليس يفترقان إلا من باب جودة ودناءة، والبغال في معنى الجيد، والحمير في معنى الدنيء، فلا يسلم حمار في بغل؛ لأنه من باب سلف بزيادة، ولا بغل في حمار؛ لأنه ضمان بجعل، ويجوز أن يسلم بغلاً في حمارين أو أكثر، فتكون الجودة في مقابلة كثرة العدد.

ويجوز أن يسلم بغل للركوب في أقوى منه يراد للحمل، وحماراً قوياً يراد للحمل في أقل حمل منه إذا كان يراد للركوب وللسرج، واختلف في سرعة السير، فلم ير ذلك **محمد** شيئاً.

وقال **عبد الملك**: إذا اختلفا في سيرهما كاختلاف سير الخيل جاز سلم أحدهما في الآخر، قال: لأن فضل السير هو الذي يراد من البغال والحمير[٢] وهو أحسن، ولا شك أنه زيادة فضل، ويزاد في الثمن لأجله إذا كان سيراً بَيِّناً والآخر معه في معنى الدنيء، فيسلم المسيار في اثنين دونه.

وإسلام الصغار في الصغار على نحو ما تقدم في الكبار، فإن تساوت في السبق[٣] والجودة والمنفعة؛ لم يجز أن يسلم أحدهما في الآخر، ولا واحد في اثنين.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤.

(٣) قوله: (تساوت في السبق) في (ث): (تقاربا في السير).

وإن اختلف السن[١] والجودة والمنفعة؛ جاز أن يسلم واحداً في واحد إذا كان أحدهما/ أسن[٢] والآخر أجود وأحسن منفعة، وإن رجح أحدهما بشيء واحد وتساويا فيما سوى ذلك لم يجز السلم إلا أن يختلف العدد، ويكون كثرة العدد في جنبة أصغرهما أو أدناهما.

(ب) ٣٥٢/أ

وأما الكبار بالصغار فإن الإبل والبقر والبغال والحمير في ذلك سواء؛ يجوز أن يسلم كبير في صغيرين أو أكثر، وصغيران في كبير، فيكون كبير السن في مقابلة كثرة العدد[٣].

ولا يجوز أن يسلم صغير واحد[٤] في كبير، ولا كبير في صغير، وهو من باب سلف بزيادة[٥] أو ضمان بجعل إلا أن يكون الصغير أحسن نجاراً، أو أعتق أصلاً فيجوز[٦]؛ لأنه ترك جودة الصغير لسن الكبير.

وقد قال **ابن القاسم** في **كتاب محمد**: لا بأس أن تسلم الخيل كبارها في صغارها ما لم يكن على وجه سلف جرَّ منفعة، وأما إذا كان على وجه البيع فلا بأس به، قال: مثل أن يسلم الصغيران في الكبير، والكبير في الصغيرين، وإذا كان صغيراً واحداً فلا خير أن يسلم في كبير ولا في كبيرين؛ لأنه من وجه الزيادة في السلف[٧].

---

(١) في (ت): (السير).

(٢) في (ت): (أسبق).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٥٤.

(٤) قوله: (أن يسلم صغير واحد) في (ت): (صغير).

(٥) انظر: النوادر والزيادت: ٦/ ١٢.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١٤٦.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٢.

وهذا من قوله يبين ما تقدم من هذا الأصل أن المبايعة ما كان فيه معاوضة من الجنسين، وأجاز في موضع آخر أن يسلم حولياً في قارحين[١]. وعند ابن حبيب نحوه.

ومحمل ذلك على أن الصغير أفضل في الأصل، والآخر من حاشي ذلك الجنس.

فصل

[في سلم البقر]

قال **ابن القاسم**: ولا بأس أن تسلم البقرة الفارهة القوية على الحرث في حواشي البقر[٢].

ومثله: لو كانت كثيرة اللبن وذلك المقصود منها؛ فلا بأس أن تسلم في عدد لا يراد ذلك منها، ولا تسلم واحدة في واحدة إذا كانت إحداهما فارهة أو مما تراد للبن في واحدة من حواشي البقر، ولا بأس أن تسلم واحدة فارهة تراد للحرث في ذات لبن.

فصل

[في سلم الغنم]

قال **مالك**: والغنم ضأنها ومعزها صغارها وكبارها صنف، وكذلك عنده ذكورها وإناثها صنف، فلا يسلم بعضها في بعض إلا أن تكون غنم غزيرة كثيرة اللبن موصوفة بالكرم، فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم[٣].

وقد اختلف في هذه الثلاثة وجوه: في سلم الصغار في الكبار، وفي الذكور

(١) قوله: (قارحين) في (ث): (قريحين). وانظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١٨٦.
(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٥٤.
(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٥٥.

في الإناث، والضأن والمعز.

فأجاز مالك في كتاب محمد أن تسلم ضائنة في معزتين صغيرتين[١].

وأجاز ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر أن يسلم كبش في خروفين، وهذا هو الصواب؛ أن يجوز على مثل ما قالاه أن تكون الصغار أكثر عدداً، فهي مبايعة حقيقة.

وأجاز ابن القاسم أن تسلم الدجاجة البيوض أو ما فيها بيض في ديكين[٢]، وعلى هذا يجوز أن تسلم نعجة في كبشين، وهو الصواب؛ لأن المعلوم من أهل كسب الغنم أنهم يرغبون في كسب الإناث للنسل واللبن، ولا يرغبون في الذكور، ولا يمسكون منها إلا ما يحتاجونه للغنم.

ولا تسلم نعجة في كبش واحد؛ لأن النعجة للكسب أفضل إلا أن يكون للكبش[٣] فضل على النعجة من وجه آخر، فيكون مبايعة، ويكون ذلك في مقابلة ما يراد من الأخرى من النسل والولد.

وأجاز عبد العزيز بن أبي سلمة الضأن في المعز ورآهما صنفين، وعلى هذا الناس اليوم فيرغب في الضأن قوم ويجتنبون كسب المعز، ويرغب آخرون في المعز دون الضأن؛ لأنها أكثر ولداً وأغزر لبناً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٥، قال ابن أبي زيد: في كتاب محمد: قال مالك: الغنم كلها صنف، صغارها وكبارها، إلا ذات اللبن، ولم يجز كبشاً في خروفين. وروى عنه في ضائنة في معزتين: لا تجوز إلا أن تكون المعزتان صغيرتين، وليس بشيء، والأول هو المعروف.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٥.

(٣) في (ث): (في الكبش).

فصل

[في سلم الجِذْع]

ولا يجوز أن يسلف جذع في مثله[١]، وسواء كان الأصل فيهما واحداً أو مختلفاً إذا كان المبتغى والذي يُعْمَل منهما واحداً.

ولا يسلف نصف جذع في جذع[٢]، ولا بأس أن يُسلَّم جذع في مثله إذا كان الأصل فيهما مختلفاً، والذي يعمل منهما مختلف.

وإن كان الأصل واحداً والذي يصنع[٣] منهما مختلف، مثل أن يكون أحدهما يصلح أن يعمل في سقف أو حائط والأخرى عريضة تعمل باباً، وما أشبه ذلك؛ جاز أن يسلم إحداهما في الأخرى.

قال مالك: ولا بأس أن يسلم جذع في جذوع صغار[٤].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥٥، ٥٦.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٥٦.

(٣) في (ت): (يعمل).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٥٥.




باب
السلم في العبيد والإماء

العبيد عند مالك صنف واحد وإن اختلفت قبائلهم وأجناسهم، البربري والنوبي والصقلبي وغيرهم لا يجوز أن يسلم أحدهم في الآخر[١]؛ لأن المراد من جميعهم معنى واحد، وهو الخدمة، وتنقلهم الصنائع فتصيرهم أصنافاً، فيسلم أحدهما في الآخر إذا كانا تاجرين مختلفي التجارة؛ بزازاً وعطاراً، أو صانعين مختلفي الصنعة؛ نجاراً وخياطاً، ويسلم التاجر في الصانع ولا يسلم تاجر ولا صانع فيما يراد منه الخدمة ولا تجارة له ولا صناعة، وهو كإسلام الجيد في الدنيء إلا أن يتبين بفراهة أو جمال فتدخله المبايعة، ويجوز أن يسلم التاجر والصانع في عدد يراد منهم الخدمة.

واختلف في الحساب والكتابة هل يكون بها كالصنعة؟

وأرى إن كان يراد ليجلس لذلك، ومنه يعول على سيده أن يكون كالصنعة، وإن كان يراد للخدمة وإنما ذلك زيادة إن احتيج إليه استعمل فيه لم يكن كالصنعة.

والإماء صنف واحد لا يسلم بعضهن في بعض ما لم تكن ذات صنعة؛ تسلم الواحدة في الاثنتين وأكثر، مما لا صنعة عندها.

قال مالك في كتاب محمد: والطبخ والخبز صنعة، وقال ابن القاسم: والرقم صنعة[٢]، يريد إذا كان ذلك المقصود/ منها، قال: وليس الغزل وعمل (ب) ٣٥٢/ب

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١١.

الطيب صنعة، والنساء أجمع يغزلن[١].

يريد: ما لم تبن بذلك ويكون ذلك المقصود منها ولمثله تراد.

واختلف في موضعين:

أحدهما: هل يكون الجمال ومَنْ تُرَادُ للفراش صنفاً تَبِينُ بذلك عن غيرها؟

والثاني: هل الذُّكرانُ مع الإناث صنفٌ واحدٌ أو صنفان؟

وقد ذهب ابن القاسم إلى أنهن صنف واحد، ومنع أن يسلم العلي في الوخش[٢].

وأجاز ذلك مالك وابن وهب وأصبغ[٣].

فقال مالك في كتاب محمد: لا بأس بالجارية الرائعة بالجاريتين دونها[٤]، قال: وكل ما اختلف من هذا فالنسيئة فيه تحل. وقاله ابن وهب[٥].

وقال أصبغ: لا بأس أن تسلم جارية جميلة فصيحة في جاريتين إلى أجل[٦]، وظاهر قول مالك أنه أجاز رائعة في رائعتين دونها[٧]، وهذا هو الأصل كما يجوز سابق في عدد دونه، وحَمَّال في عدد دونه في الحمل، وأن أعلى الجنس الواحد وحواشيه صنفان.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٢.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٢، ونصه: (وجارية فارهة في جاريتين دونها).

وقال ابن حبيب: الذكران والإناث صنف واحد[١].

وعلى قول مالك في العتق الأول يكونان صنفين؛ لأنه قال فيمن قال: كل عبد أملكه، وكل جارية أشتريها فهي حرة: ألاَّ شيء عليه[٢]؛ لأنه عم الجواري والغلمان فلم يلزمه اليمين[٣] إذا عم العبيد، وإن كان قد أبقى خدمة الإناث أو عم الإناث، وأبقى خدمة الذكران، ولو كانا عنده صنفاً واحداً، لألزمه الحنث إذا أبقى أحد الصنفين.

وقال ابن الماجشون: يلزمه اليمين إذا حلف على أحدهما وأبقى الآخر، ورأى أنهما شيء واحد.

وقول مالك في ذلك أحسن؛ لأن الخدمة مختلفة، فخدمة الذكران بالتصرف فيما يكون من الخدمة خارج البيت والأسفار والحرث وما أشبه ذلك، وخدمة الإماء ما يتعلق بالبيت من خبز وغسل وطبخ وما أشبه ذلك[٤]، وذلك معلوم عند الناس، ولا يشتري أمة من احتاج إلى خدمة عبد، ولا عبداً من احتاج إلى خدمة أمة.

وأما الكبار والصغار فينبغي أن يكونا صنفين، فيسلم كبير في صغيرين، وصغيران في كبير، ولا يسلم كبير في صغير ولا صغير في كبير إلا أن يكون الكبير من الوخش، ولا يراد إلا للخدمة، والصغير له جمال، وممن يرى أنه إن كِبِر يراد[٥] للتجارة أو للصنعة فتدخله المبايعة.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١١.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٩٠.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٩٠.

(٤) قوله: (وخدمة الإماء... وطبخ وما أشبه ذلك) ساقط من (ث).

(٥) في (ث): (يزيد).

وقال ابن القاسم في العتبية: لا يسلم صغير في المهد في كبير[1]؛ لأنه عنده من باب سلف بزيادة، ولو كان الصغير فوق هذا السن فيما يبين أن القصد المبايعة لجاز.

ومنع ابن حبيب أن يسلم الصغار في الكبار[2]. يريد: إذا تساوى العدد، أو كان الكبار أكثر عدداً، وأما إن كان الصغار أكثر عدداً؛ جاز.

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١٨٣.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٠، ١١.





باب
في السلم في الثمار

السلم في الثمار على ثلاثة أوجه:

في ثمر قرية مأمونة، أو غير مأمونة، أو حائط بعينه.

فإن كانت قرية مأمونة؛ جاز أن يسلم في ثمارها قبل أن تزهي؛ ليأخذ ذلك من ثمار عامه أو بعد عامين أو ثلاثة، ويأخذ ذلك زهْواً أو رطباً أو تمراً.

وإن كانت قرية غير مأمونة، أو كان حائطاً بعينه، لم يسلم فيها إلا بعد أن تزهي؛ ليأخذ ذلك زهْواً أو رطباً، ولا يسلم في تمرها، وإن كانت ثمارها قد أرطبت أسلم في رطبها، ولا يسلم في تمرها، والقرية الصغيرة والحائط بعينه في هذا سواء[1].

ويفترقان في رأس المال، فإنه يجب تعجيله إذا كان السلم في ثمار تلك القرية؛ لأنه مضمون في الذمة، ويجوز أن يسلم لمن ليس له فيها[2] ملك، وإن كان حائطاً بعينه جاز تأخير رأس المال، ولا يجوز أن يسلم إلا لمن يملك تلك الثمار.

ويفترقان أيضاً في أنه لا يسلم في القرية إلا فيما الغالب أنه يقدر على شرائه من سوق تلك القرية، أو من أصحابها إن لم يكن عندهم سوق، فإن لم يكن شأنهم البيع أو الذي يباع عندهم قليل، ولا يقدر هذا في الغالب على شراء القدر المسلم إليه فيه مع جملة المشترين؛ لم يجز.

---

(١) انظر تفصيل ذلك: المدونة: ٣/ ٦٠.

(٢) قوله: (فيها) ساقط من (ت).

والسلم في الحائط المعين يجوز بشروط، وهي: أن يكون السلم بعد أن أزهى، ويشترط أخذه زهواً أو رطباً بحسب ما تقدم. ويبين أخذ ذلك هل هو في يوم أو في أيام[١]؟

فإذا كانت أياماً فليسلم عددها[٢]، وهل هي متوالية أو متفرقة؟ ومبتدأها ومنتهاها، وإذا كانت متوالية أجزأ[٣] ذكر مبتدئها عن ذكر آخرها.

ويذكر ما يأخذه كل يوم، ويكون ذلك الذي شرط أخذه لا يتعذر قبضه في كل يوم من تلك الأيام، ويبقى زهو ذلك الحائط أو رطبه إلى آخر تلك الأيام، ولا ينقطع قبل ذلك، فإن شك هل يقدر على توفية ذلك القدر[٤] في كل يوم من تلك الأيام، أو هل يبقى الزهو أو الرطب إلى آخر تلك الأيام المسماة، لم يجز، ويجوز العقد بغير نقد[٥].

ومعنى السلم في هذا: أن تقدم رأس المال، فهو إسلام لرأس المال، وإذا لم يقدم رأس المال، لم يُسَمَّ سلَماً.

والسلم يطلق على ما قدم فيه رأس المال، سواء كان السلم في معين، أو فيما هو مضمون في الذمة.

واختلف إذا أسلم تمر حائط وهو زهو أو قد أرطب ويأخذ ذلك تمراً،

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥٨، ٥٩.

(٢) في (ث): (عددا).

(٣) في (ث): (أغنى).

(٤) في (ث): (العدد).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٥٨، (قلت: وإن لم يقدم نقده أيجوز ذلك أم لا في قول مالك؟ قال: نعم يجوز ويشترط ما يأخذ في كل يوم).

فقال **مالك**[١] في **المدونة**: ليس بالحرام البين وأكره أن يعمل به فإن عمل به وفات لم يرده[٢]، وقوله هذا محتمل، هل يفوت بالعقد أو بالقبض؟

وقال في كتاب محمد: لا يفسخ إن وقع[٣].

وقال مالك[٤]/ في كتاب ابن حبيب: يفسخ ما لم يقبض[٥].

(ب) ١/٣٥٣

والأول أحسن، والقياس أن ذلك يجوز ابتداءً لوجهين:

أحدهما: حديث أنس وجابر رضي الله عنهما قالا: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا»[٦].

وهذا نص على جواز البيع فيها بعد بدو الصلاح الجزاف والمكيل؛ لأنه لم يفرق؛ لأن محمل النهي عن البيع قبل بدو الصلاح على البقاء؛ لأن بيعها قبل ذلك على الجداد جائز.

ولو حُمل الحديث على الجزاف لقيس المكيل عليه؛ لأن النبي ﷺ أبان أن النهي عن البيع قبل بدو الصلاح على البقاء لمكان الغرر خوف الجوائح، فبان بهذا أن البيع بعد ذلك لا غرر فيه.

---

(١) قوله: (مالك) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٩، ٧٠.

(٤) قوله: (مالك) ساقط من (ث).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٠.

(٦) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٥٤١، في باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه، وقد وجب فيه العشر أو الصدقة فأدى الزكاة من غيره، أو باع ثماره ولم تجب فيه الصدقة، من كتاب الزكاة، برقم (١٤١٦)، ومسلم: ٣/ ١١٦٥، في باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، من كتاب البيوع، برقم (١٥٣٤)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦١٨، في باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (١٢٨٠).

فإذا لم يكن فيه غرر؛ جاز على الجزاف والمكيل، وذلك أن الضمان في الجزاف من البائع حتى يقبضه المشتري، والمكيل كذلك، ولا يعترض هذا بالجائحة في الجزاف إذا كانت أقل من الثلث؛ لأنه في معنى ما لم يقع عليه بيع.

وقد قال **أبو محمد عبد الوهاب**: إنما لم يرجع بما دون الثلث؛ لأن الغالب من الثمار السقوط، وإذا كان كذلك، فالمعتبر ما وقع عليه البيع بغير خلاف، وهو أن يصاب جملتها أو الثلث فصاعداً[(١)].

وقال **ابن القاسم**: إذا أسلم في حائط بعينه ليأخذ ذلك زهواً أو رطباً في يوم بعينه، ثم رضي صاحب الحائط أن يقدم ذلك قبل الأجل، فلا بأس به إذا رضي الذي له السلف، وكان صفته بعينها[(٢)].

فأجاز أن يأخذ ما طاب الآن عما يطيب بعد، وهو طعام بطعام ليس يداً بيد، فإن كان القصد من صاحب الحائط المعروف بالتعجيل؛ جاز، وإن كان القصد المبايعة، ليتصرف في ثمار حائطه، فإن أجيحت الثمار بعد ذلك، لم يرجع بشيء؛ جاز، وإن كان ليرجع بمثل ما دفع؛ لم يجز، إلا أن يكون ذلك على وجه السلف؛ فيجوز.

ومنع ابن القاسم في كتاب الحبس إذا وهب عشرة أقساط من دهن جُلجلانه، ثم أراد أن يعطي عشرة أقساط من غيره[(٣)]، وقد مضى بيانها في كتاب الحبس.

---

(١) انظر: المعونة: ٢/ ٤٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧١.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٣٩٦.

فصل

[في بيع الثمار قبل بدو صلاحها على الجداد]

بيع الثمار قبل بدو صلاحها على الجداد جائز وذلك بثلاثة شروط:

إذا كانت حينئذٍ مما ينتفع بها وكانت هناك حاجة إلى بيعها، ولم يتمالأ على مثل ذلك أهل ذلك الموضع أو الكثير منهم.

فإن لم يكن فيها حينئذٍ منفعة أو كانت ولا حاجة إلى جدادها، أو تمالأ عليه أكثر أهل ذلك الموضع لم يجز؛ لأن ذلك من الفساد.

وقد منع مالك من بيع القصيل، والقضب على الجداد إذا لم يبلغ أن يرعى، ورآه من الفساد[1].

وقد يمر بالبلح وقت لا ينتفع به لأكل ولا لعلف، فقطعه حينئذ من الفساد، وكذلك إذا صار بلحاً يؤكل، وهو مما يصير تمراً، ولم يكن هناك حاجة إلى قطعه، فهو من الفساد، والله تعالى لا يحب الفساد، وفعل العدد الكثير أو الجميع أشد فيما يؤدي إلى الضرر بالناس.

فصل

[في بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط البقاء]

وبيعها قبل الصلاح على البقاء[2] على ثلاثة أوجه: يمنع في وجهين، ويجوز في وجه؛ فيمنع إذا شرطا أن المصيبة من المشتري، وسواء كان البيع

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٥.

(٢) انظر: التفريع: ٢/ ٩٢.ونصه: (لا يجوز بيع الثمار على التبقية قبل بدو صلاحها. ولا بأس ببيعها على القطع قبل بدو صلاحها. ومن باع ثمرة قبل بدو صلاحها لم يشترط قطعها ولا بقاءها فبقاها، فالبيع باطل).

بالنقد أم لا، ويمنع إذا شرطا أن المصيبة من البائع، وكان البيع بالنقد؛ لأنه تارة سلف، وتارة بيع.

ويجوز إذا كانت المصيبة من البائع، والبيع بغير نقد.

والأصل في الأول حديث أنس ﷺ قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ قَبْلَ أَنْ تُزْهِيَ»[(١)]، وقال النبي ﷺ: «**أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثمرة، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟**»[(٢)] يريد: إذا بيعت على أن المصيبة على المشتري، فأحب البائع أن يأخذ الثمن بعد أن أجيحت.

وهذا الحديث أصلٌ في كل مبيع لا يتوصل إلى قبضه إلا إلى وقت لا يدرى هل يسلم المبيع إلى ذلك الوقت أم لا؟ لأن البيع على أن المصيبة من المشتري فاسدٌ، ولا يمنع إذا كان بغير نقدٍ، وكانت المصيبة من البائع؛ لحديث زيد بن ثابت قال: كان الناس في عهد النبي ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع: أصاب الثمر الدمان[(٣)]، أصابه مراض، أصابه قُشام - عاهات يحتجون بها- فقال رسول الله ﷺ لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «**فَإِمَّا لاَ، فَلاَ يَتَبَايَعُوا حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُ الثَّمَرِ**» كَالمَشُورَةِ

---

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٥٤٢، في باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه وقد وجب فيه العشر أو الصدقة فأدى الزكاة من غيره أو باع ثماره ولم تجب فيه الصدقة، من كتاب الزكاة، برقم (١٤١٧)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦١٨، في باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (١٢٨١).

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٦٦، في باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، من كتاب البيوع، برقم (٢٠٨٦)، ومسلم: ٣/ ١١٩٠، في باب وضع الجوائح، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٥٥)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦١٨، في باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (١٢٨١).

(٣) الدَّمان: عفن النخلة وسوادها. لسان العرب: (١٣/ ١٥٧).

يُشِيرُ بِهَا عَلَيْهِمْ لَمَّا كَثُرَتِ الخُصُومَةُ، ذكر هذا الحديث البخاري[١].

وقد تضمن هذا الحديث ثلاث فوائد:

جواز البيع على البقاء بغير نقد إذا كانت المصيبة من البائع؛ بقول زيد: فإذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم.

فيه دليل أن البيع كان بغير نقد، وأن امتناعهم من النقد عند الجوائح؛ لأنهم كانوا يدخلون على أن المصيبة من البائع ولولا ذلك لم يكن لاحتجاجهم بالجوائح[٢] وجه.

وأن البيع كان قبل بدو الصلاح؛ لقوله ﷺ: «**لاَ تَتَبَايَعُوا حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا**»[٣]. وقال زيد: كان ذلك كالمشورة عليهم.

فصل

[في بيع الثمار قبل بدو صلاحها بدون اشتراط التبقية ولا القطع]

واختلف أيضاً إذا أطلق البيع ولم يشترط جداداً ولا بقاءً، هل يحمل البيع على الجداد، ويكون جائزاً، أو على البقاء فيكون فاسداً؟/ فقال ابن القاسم في كتاب البيوع الفاسدة إذا اشترى ثمرة فجدَّها قبل بدو صلاحها: إن البيع جائز، إذا لم يشترط أنه يتركها حتى يبدو صلاحها[٤].

(ب) ٣٥٣/ب

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٧٦٥، في باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (٢٠٨١)، ومالك في الموطأ: ٣/ ١٥٥، في باب ما يكره من بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، من كتاب البيوع في التجارات والسلم، برقم (٧٥٩).

(٢) قوله: (بالجوائح) ساقط من (ت).

(٣) انظر تخريج الحديث السابق.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٨٨.

وقال **أبو محمد عبد الوهاب**[(١)]: البيع فاسد، واحتج بنهيه ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها[(٢)].

والقول الأول أحسن عند عدم العادة؛ لأن محمول البياعات على التقابض في الثمن والمثمون، ولا يعترض هذا بالعادة أنها تجد بعد الصلاح؛ لأن تلك العادة إذا لم يقع البيع، وإذا كان البيع حملوا على أصل البياعات، وأما نهيه ﷺ فقد كان عن عادة جرت بينهم أن البيع على البقاء.

فصل

[في بيع الثمار بعد بدو الصلاح بدون اشتراط التبقية ولا القطع]

واختلف أيضاً في إطلاق البيع بعد بدو الصلاح.

فالمعروف من المذهب أنه على البقاء حتى ييبس[(٣)]، وجعله ابن حبيب على الجداد، فقال: ومن اشترى ثمرة بعد طيبها لم يكن له أن يقرها حتى تيبس إن لم يكن اشترط ذلك على البائع، وذلك لمكان السقي؛ لأن سقيها على البائع، وإن اشترى ذلك مبهماً فهو على تعجيل جناها حتى يشترط تأخيرها[(٤)]. انتهى قوله.

وهذا هو الأصل في البياعات أنها على التعجيل في الثمن والمثمون، إلا أن

---

(١) قوله: (أبو محمد عبد الوهاب) في (ت): (قال ابن القصار وعبد الوهاب).

(٢) انظر تخريج الحديث السابق. وانظر: المعونة: ٢/ ٤٠.

(٣) انظر: التلقين: ٢/ ١٤٧ والإشراف: ٢/ ٥٤٣، نص التلقين: (بيع الثمار بعد بدو صلاحها جائز مطلقا وبشرط التبقية والقطع وإطلاقها يقتضي التبقية).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٩.

يشترط التأخير أو تكون تلك العادة.

وإذا اشترطا التأخير حتى ييبس، أو كانت تلك العادة، وكان العقد فيها على الكيل لبُعد اليُبس؛ لم يلزم المشتري دفع الثمن حتى يقبض الثمرة.

فصل

[في اشتراط بدو الصلاح في الثمار ومعناه وكيفيته]

بيع الثمار والزروع والزيتون والتين والعنب والفواكه والبقول وما أشبه ذلك لا يجوز إلا بعد بدو صلاحها[١].

والصلاح في النخل: أن تزهي، ويصفر ما شأنه أن يصفر، ويحمر ما شأنه أن يحمر[٢]، وهو وقت الانتفاع به، وبدو الصلاح للزرع عند مالك أن يبيض[٣].

وقال ابن شهاب في كتاب محمد: كان العلماء يقولون: بدو صلاح الزرع إذا أفرك[٤] والأول أحسن؛ لحديث ابن عمر قال: «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ مِنَ العَاهَةِ». أخرجه مسلم[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ١٥٧، الإشراف: ٢/ ٥٤٢، وعيون المجالس: ٣/ ١٤٤٩، والمعونة: ٢/ ٤٠، ونص المدونة: (وقال في الزرع والثمار لا تباع حتي يبدو صلاحها).

(٢) انظر: الإشراف: ٢/ ٥٤٣.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٦١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٨.

(٥) أخرجه مسلم: ٣/ ١١٦٥، في باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، من كتاب البيوع، برقم (١٥٣٥)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦٤٨، في باب جامع بيع الطعام، من كتاب البيوع، برقم (١٣٢٥).

واختلف إذا وقع البيع بعد أن أفرك، واشترط المشتري أخذه يابساً، فقال مالك: إذا أخذ ذلك وفات، فلا يرد(١).

وقال في كتاب ابن حبيب: يفسخ ما لم يقبض، فإذا قبض؛ لم يفسخ(٢).

وقال ابن القاسم في العتبية: إذا فات باليبس؛ لم يفسخ للاختلاف فيه(٣).

وقال ابن عبد الحكم: يفسخ وإن يبس(٤).

وكل هذا الاختلاف، فإنه سواء اشترى جزافاً أو على الكيل.

وكذلك الفول والحمص يباع وهو أخضر وقد امتلأ حبه، فقال ابن القاسم: إن عثر عليه قبل أن ييبس فسخ، وإن يبس لم يفسخ للاختلاف فيه(٥).

وقال ابن عبد الحكم: يفسخ وإن يبس(٦).

قال الشيخ ﷺ: إذا كان الزرع والفول وما أشبه ذلك يشرب بالعيون، أو بالدالية فأرى أن يمضي وعقده حينئذ جائز؛ لأنه مأمون، وإن كان يشرب بالسماء، وعدم الماء يضره، ويكون ناقصاً لم يعقد فيه حينئذ بيع، ويفسخ ما لم يفت.

وقال محمد في الزيتون: يباع إذا اسودَّ أو نحا ناحية الاسوداد(٧).

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٩١.

(٣) انظر: البيان والتحصيل:، ولفظها: وسُئل عن الرجل يبيع الزرع - وقد أفرك، والفول وقد امتلأ حبه وهو أخضر، أو الحمص، أو العدس، أو ما أشبه ذلك، فيتركه مشتريه حتى ييبس ويحصده، أيجوز بيعه؟ فقال: إن علم به قبل أن ييبس فسخ البيع، وإن لم يعلم به إلا بعد أن ييبس مضى البيع ولا يفسخ.

(٤) انظر: النوارد والزيادات: ٦/ ١٨٨.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٩.

(٦) انظر: النوارد والزيادات: ٦/ ١٨٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٨، وقد عزاها لابن حبيب.

وقال في التين: لا يباع حتى يطيب أوله، فيؤكل منه. وكذلك الفواكه كلها لا تباع حتى يطيب أوائلها ويؤكل منها[١].

وإذا كان في الدالية الحبات في العنقود والعنقودين فلا بأس ببيعه إذا كان طيب ذلك متتابعاً[٢]. قال مالك: والتين كذلك[٣].

وكذلك الحائط يزهي بعضه، قال: فإذا لم يزه الحائط نفسه وأزهى ما حوله، جاز بيعه، قال ابن القاسم: وأحبُّ إليّ حتى يزهي الحائط بعينه[٤]؛ للحديث، وإذا كان الذي أزهى باكوراً لم يبع إلا ذلك الباكور وحده، وكذلك التين والعنب الصيفي والشتوي إذا بدا صلاح الصيفي بيع وحده دون الشتوي[٥].

وإذا كان في الحائط أصناف ثمار نخل ورمان وخوخ وما أشبه ذلك لم يبع منه إلا ما طاب وحده[٦].

قال مالك: وإن كان الصنف الذي لم يطب الثلث فأدنى، لم يبع إلا ما طاب من ذلك، ولو كان زرْعا قد يبس وفيه ما لم ييبس ولا خطب له فباعه كله فلا بأس به[٧].

قال محمد: لأن هذا الصنف واحد[٨].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٩٥، وقد عزاها لابن حبيب.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٧.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٢٤٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٧، ١٨٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٨.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨٨.

وقال في الفجل واللفت والجزر والبصل والثوم المغيبة في الأرض: إذا استقل ورقه وتم وأمن عليه وانتفع به ولم يكن ما يقطع منه فساداً فبيعه حينئذ جائز، إذا نظر إلى شيء منه، يريد: كشف عنه، أو قلعه(١).

قال: وإن وجد منه شيئاً مخالفاً لما رأى رد بحسابه من الثمن(٢).

فصل

[في الجائحة تصيب الثمار]

وإذا أسلم في رطب حائط بعينه فأجيح ذلك الثمر، انفسخ ذلك السلم قولاً واحداً(٣)؛ لأن البيع وقع على شيء بعينه، فإذا أجيح لم يلزم البائع خُلفه، ولم يلزم المشتري قبول غير ما اشتراه.

وإن أسلم في ثمر قرية صغيرة فأجيح ذلك الثمر انفسخ ذلك السلم أيْضاً، ولا يبقى في ذمة البائع إلى قابل؛ لأنها غير مأمونة، فإذا مُنع أن يسلم فيها في هذا العام إلا بعد بدو صلاحها؛ لأنه غرر كان في الصبر إلى ثمرة قابل أشد غرراً.

واختلف إذا كان السلم مضموناً في رطب قرية مأمونة فأصيب ثمرها على أربعة أقوال:

فقال مالك في المدونة: يتأخر إلى ثمرة قابل(٤).

وقال ابن القاسم: ومن/ طلب التأخير منهما كان ذلك له إلا أن يجتمعا (ب/٣٥٤أ)

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٩١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٩١.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٥٨٩، ٥٩٠.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢

على المحاسبة[١].

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: ذلك لمن له السلم إن شاء أخره، وإن شاء أخذه ببقية[٢] رأس المال نقداً، وقال: فسخ ذلك أحب إليّ[٣].

وقال أشهب: يتعجل بقية رأس ماله، ولا يجوز له أن يحول ذلك في ثمرة قابل[٤].

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا يكون التأخير إلا باجتماع منهما على الرضا بالتأخير[٥]؛ لأنهما إنما عمدا لهذه السنة بعينها، ولم يرد بائع ذلك أن يكون مخلداً في ذمته من سنة إلى سنة، قال: وسواء كان ذلك بمطل منه أو غيره.

فرأى مالك وابن القاسم أن السلم لما كان مضموناً كان ذكر هذه السنة عبارة عن التعجيل، وإلا فإن الغرض من هذه الثمرة، وثمرة قابل سواء، بمنزلة لو أسلم في قمح، فمطل به البائع بعد محل الأجل، فليس للمشتري إلا مثل ذلك القمح، إلا أن ابن القاسم رأى أن في الصبر إلى قابل ضرراً على من له السلم، وذلك كالعيب، فإن قام بحقه؛ لم يلزمه الصبر، وإن لم يقم بحقه[٦] بقي إلى قابل.

ورأى أشهب أن البيعَ وقع على زهو يخلق في هذا العام لا على غيره، فكان

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢.

(٢) قوله: (ببقية) في (ت): (ببقيته).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٩، بلفظ: (له أن يؤخر، وله أن يتعجل بقية رأس ماله، وفسخه أحب إليَّ).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠

(٦) قوله: (بحقه) ساقط من (ت).

فسخ السلم حكما عليهما.

وقول أشهب أحسن إذا كان ذهاب الثمار بجوائح من السماء، فإن كان عدم القبض للدد المطلوب حتى خرج الإبان كان للطالب الخيار، فإن شاء أخره إلى قابل، وإن شاء استرجع منه بقية رأس ماله، وليس للمسلم إليه أن يعمد إلى ما يضر به المشتري ولا إلى فسخ السلم.

وإن كان عدم القبض لهرب الطالب كان المسلم إليه بالخيار بين أن يرد رأس المال أو يؤخره إلى قابل، وإلى مثل هذا ذهب ابن حبيب إذا هرب المسلم إليه برأس المال، أو أسلم إليه فلم يقبض رأس المال حتى حلّ الأجل، ورأى أن يرفع المسلم إليه ذلك إلى الحاكم، ويحضره بذلك الزهو أو الرطب ويحكم له ببراءته منه، ويبيعه على الغائب إذا خشي فساده إلى أن يحضر الغائب.

وقال مالك في كتاب محمد: كل ما أسلفت فيه إلى أجل يحتاج فيه إلى ذلك الشيء وأخلفك عن وقته، فليس لك فسخ البيع، قال: وكذلك الضحايا يخلفك حتى تزول أيام النحر، وكذلك الكراء كله إلا كراء الحاج وحده، إذا زالت أيام الحج ولم يأت المكتري إلى السلطان ليكري له، فسخ ما بينهما[1]. وجعل الغير في كتاب الرواحل: ما أخلفه من غير كراء الحاج أنَّ له الفسخَ[2].

وقول مالك في هذا كله أنه لا يفسخ، وعلى أحد قولي ابن القاسم المقال في ذلك للطالب وحده.

وعلى قول أشهب يفسخ ذلك إذا كان المنع من غير سبب واحد منهما، فإن كان من سبب أحدهما كان المقال للآخر، إلا أن يكون الكراء في راحلة بعينها،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٧، ٦٨.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٥٠٧.

فلا يجوز الصبر لقابل كالحائط بعينه، ولأن على المكتري في منعه من بيعها إلى قابل ضرراً، وإن أتى بالأضحية فلم يجد الطالب لم يكن عليه غيرها، وإن كان التغيب منه حتى ذهبت أيام النحر كان للآخر أن يفسخ ذلك، ولو مطل بالأضحية إلى عيد قابل أو بالفاكهة حتى عاد إبانها من قابل، لم يجبر على قبولها على قول أشهب وأصبغ، ويختلف في هذا على قول ابن القاسم هل يجبر على قبولها؟ لأنه بمنزلة عيب ذهب.

وقد اختلف فيمن اكترى سفينة فدخل عليها الشتاء، فلم يتفاسخا حتى عاد إبان السفر، وهذا مثله.

فصل

[في انقطاع وتأخير بعض المسلم فيه، وكيفية المحاسبة]

وإذا أخذ بعض الرطب أو الزهو ثم انقطع الباقي ووجب الرجوع ببقية رأس المال، فإن كان شرطاً أخذ ذلك في يوم أو يومين، أو ما أشبه ذلك كانت المحاسبة على الكيل، فإن قبض النصف رجع بنصف الثمن، كما قال **ابن مزين**.

فإن بعُد ما بين أول القبض وآخره، كالذي يشترط الابتداء في أول الإبان، ويتأخر آخر القبض إلى وسط الإبان أو آخره، وكان ذلك مما لا يدخر، أو يدخر والقصد به البيع في الأسواق حينئذٍ كانت المحاسبة على القيم، وسواء كان السلم في حائط بعينه، أو في قرية صغيرة أو كبيرة.

وهذا هو أصل مالك وابن القاسم فيمن أسلم في لبن[1] عشر شياه، فاحتلبها شهراً، ثم مات منها خمس أن الرجوع على سعر ذلك في تلك

(١) قوله: (لبن) في (ت): (اثني).

الشهور[1]. وكذلك المقاثي، فإنها تكون فقوسة في أول الإبان ثمن غير آخره إلا أن يكون ذلك مما يدخر والقصد رفعه حتى ييبس، ولا يراد بيعه حين قبضه، فيكون القبض على قدر الكيل، لا على القيم.

فصل

[فيمن أحب أن يأخذ عن حقه فيما أجيح من بعض الثمرة طعاماً]

وإذا أحب المسلم أن يأخذ عما استرجعه[2] من الثمن طعاماً؛ جاز ذلك، إذا كان السلم في حائط بعينه، أو في قرية صغيرة؛ لأن السلمَ الأولَ قد انفسخ بغير خلاف.

ويختلف فيه إذا كانت القريةُ كبيرةً، فيمنع من ذلك[3] على قول مالك؛ لأنَّ السلم عنده منعقد، فيصير إقالة على غير رأس المال، وكذلك على قول ابن القاسم؛ لأنه ملك التأخير، ويجوز على قول أشهب؛ لأن السلم عنده منفسخٌ، ويكره ذلك لهما ابتداءً؛ للاختلاف فيه، فإن فعل مضى.

وقال عبد الملك[4] ابن حبيب: لا أحب له أن يأخذ طعاماً إذا أحب المحاسبة، ويدخله طعام معجل بطعام مؤخر[5]. يريد: لما كان له أن يؤخر السلم إلى قابل.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٣١٨.

(٢) قوله: (استرجعه) في (ت): (يستوجبه).

(٣) قوله: (من ذلك) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (عبد الملك) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠.

وإذا أحب أن يأخذ وَرِقاً، وكان رأس المال ذهباً؛ جاز ذلك إذا كان الرجوع لجائحة أتت على الثمار/ ؛ لأن ذلك يرفع التهمة، ولا يُظن بهما أنهما عملا على صرفٍ مستأخرٍ، وهو في هذا بخلاف ما تعمدا فيه الإقالة.

(ب) ٣٥٤/ب

وقال مالك في كتاب محمد فيمن أعطى صاحب مائدة على رطب أو عنب فنفد ذلك وذهب زمانه: فلا بأس أن يأخذ بما بقي من ديناره ورقاً، أو طعاماً، أو غيره قبل أن يفارقه.



باب
في السلم في الفاكهة والتمر والحنطة والزيت

وقال ابن القاسم في السلم[١] في القصب الحلو والموز والأترج: لا بأس به إذا اشترط شيئاً معلوماً[٢].

قال الشيخ ﵀: السلم في ذلك على العادة في البيع، فإن كانت العادة بيع ذلك على الوزن، كان السلم على مثل ذلك، وإن كانت العادة البيع عدداً؛ أسلم على مثل ذلك عدداً، ويسلم في الرمان عدداً، ويذكر الصنف والقدر.

وقال **ابن القاسم** في التفاح والسفرجل: يسلم فيه عدداً، وليس الشأن في التفاح العدد، وقد يكون ذلك عادة عندهم، فإن كان قوم شأنهم فيه الكيل أو الوزن؛ لم يجز عدداً، وإن كانت عادتهم الكيل؛ لم يسلم فيه وزناً، أو كانت عادتهم الوزن؛ لم يسلم فيه كيلاً[٣]، وإذا أسلم على ما هو العادة عندهم فيه الكيل أو الوزن، فإنه يذكر قدر ذلك، ونحوه من الصغر والكبر؛ لأنه يختلف ثمنه لأجل ذلك، وإن كان محصوراً بالكيل أو الوزن[٤].

وقال في الجوز: يسلم فيه عدداً[٥].

والشأن إذا كثر كالأحمال؛ أن يباع كيلاً، وفيما قلّ وبيع في الحوانيت عدداً.

ولا يجوز لأصحاب الحوائط ومن شأنهم يتبايعونه كيلاً أن يسلموا فيه

---

(١) قوله: (في السلم) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢.

(٣) قوله: (وزناً، أو كانت عادتهم الوزن لم يسلم فيه كيلاً) في (ت): (إلا كيلاً).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٦٣.

عدداً، ولا لمن شأنهم أن يتبايعوه عدداً أن يسلموا فيه كيلاً؛ لأنه لا يدرى كم يدخل في ذلك الكيل من العدد، وإن كان شأنهم يتبايعونه على الوجهين جميعاً - الكيل والعدد- أسلم على أيّ ذلك أحب.

وقال مالك فيمن أسلم في تمر، ولم يذكر برنياً من صيحاني أو ذكر برنياً أو صيحانياً ولم يقل: جيداً ولا رديئاً: إنه فاسد حتى يصف(١).

ورأى أنه إذا قال: جيداً أو رديئاً؛ جاز، ويحملان على الوسط من الجيد أو الرديء، ولو قال: وسطاً كان لهم الوسط من وسط ذلك الصنف.

وقال ابن القاسم في المدونة فيمن أسلم في حنطة: فإن كان بمصر، ولم يذكر أي الجنس، فذلك عندنا(٢) على المحمولة، ولا يكون إلا على صفة، وإن كان بالشام، فذلك على السمراء، ولا يصلح إلا على صفة(٣).

يريد: أنه إذا أسلم بمصر، وقال: في حنطة جيدة أو رديئة أجزأه، وكان له الوسط من جيد المحمولة أو الوسط من رديئها(٤).

وقال في كتاب محمد: إذا أسلم بمصر، ولم يذكر السمراء من البيضاء من المحمولة، فإنه فاسدٌ عند ابن القاسم، وابن وهب(٥).

وقال ابن عبد الحكم: يفسخ إن نزل(٦).

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٣.

(٢) قوله: (عندنا) في (ت): (عنده).

(٣) قوله: (وإن كان بالشام... ولا يصلح إلا على صفة) ساقط من (ت). وانظر: المدونة: ٣/ ٦٣.

(٤) في (ت): (دونها).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٢، وقد عزاه ابن أبي زيد إلى مالك.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٢.

وقال أصبغ: لا يفسخ إن نزل[١]؛ لأن الغالب المحمولة إلا ما أصابته عاهة[٢].

وقول ابن القاسم في المدونة أحسن؛ لأنه إن كان أراد بالسمراء ما يجلب من الشام، فإن ذلك قليلٌ، أو ما أصابته عاهة فكذلك؛ لأنه نادر، ويحملان على الغالب، وهو السالمُ من قمح مصر.

وإن أسلم في زيت، فإنه يصف موضعه من الجودة أو الدناءة، ولا يحتاج إلى ذكر الصنف من الزيتون[٣]؛ لأن أثمان هذه الأصناف التي بالساحل لا تختلف إذا تساوت في الطراوة والدناءة.

والعادة اليوم أن القضاءَ من الذي يجمع في الأندر، وهو الوسط من الزيت، والطري والأخضر ليس مما يقضى في الغالب، وما دخله خمج[٤]، فهو في جملة ما دخله العيب، فمن أسلم اليوم ولم يذكر صفة، جاز، وله الوسط من الزيت؛ لأنه العادة، ولا يحتاج أيضاً إلى ضرب أجل؛ لأنَّ العادةَ القضاء في إبانه، وهو معظم العصير.

---

(١) قوله: (إن نزل) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٤، ونصه: (ومن كتاب ابن المواز، قال مالك: ومن أسلم في زيت، فلم يذكر جيدًا من رديء، ولكن ذكر أصله، فإن كان تختلف صفته عند الناس، لم يجز).

(٤) (خمج) قوله: خَمِجَ التمر إذا فسد جَوْفُهُ وحَمُضَ، والخَمَجُ أن يَحْمُضَ الرُّطَبُ إذا لم يُشَرَّرْ ولم يُشَرَّقْ – انظر: لسان العرب: ٢/ ١٢٥٨ بتصرف.

باب



في السلم في نسل الحيوان وألبانها ولحومها وأصوافها وجلودها



السلم في نسل الحيوان بأعيانها غير جائز[١]؛ لأنه لا يدرى أذكر هو أو أنثى، جيد أو رديء، حي أو ميت.

ولا يجوز أيضاً أن يسلم فيها على صفة معلومة إن وجدت، وإلا رجع برأس المال؛ لأنه تارة سلف، وتارة بيع[٢]. ويجوز إذا لم يقدم رأس المال، وكان الوضع قريباً، فإن خرج على ما وصف أخذ، ودفع الثمن، وإن لم يكن، فلا بيع بينهما.

ويختلف فيه إذا كان الموضع بعيدا لموضع التحجير[٣]، فأصل ابن القاسم الجوازُ، وأصلُ غيرِهِ المنعُ[٤].

وإن كان السلم في صفة مضمونة في الذمة، جاز.

فصل

[في السلم في لبن أو زبد أو سمن أو جبن أو أقط غنم بأعيانها]

السلم في لبن غنم بأعيانها جائزٌ إذا كان في إبان اللبن[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥٨.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٥٨.

(٣) قوله: (موضع) ساقط من (ث).

(٤) انظر تفصيل هذه المسألة: المدونة: ٣/ ٥٨.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٥٨.

فإن كانت ألبان غنم ذلك الموضع لا تختلف في الجودة والدناءة؛ جاز وإن لم يختبر اللبن، وإن كانت تختلف في الجودة والدناءة؛ لم يجز إلا بعد اختباره، ومعرفة صفته.

فإن كانت الغنم كثيرة؛ جاز أن يسلم فيه، وأن يشتريه جزافاً، فيسلم فيه في كيل معلوم لا يتعذر وجوده من تلك الغنم، ويضرب من الأجل ما يرى أن اللبن لا ينقطع قبله، ويجوز أن يشتري جملته من غير كيل إذا اختبرها وعلم قدر حلابها.

وإن كانت قليلةً كالشاةِ والشاتين افترق السلم فيه من شرائه جزافاً، فيجوز السلم في مثل ربع لبنها أو نصفه[1]،/ وما الغالب حصوله بعد نقص لبنها، واختلف في شرائه جملةً من غير كيلٍ:

(ب) ٣٥٥/أ

فكرهه مالكٌ مرة؛ لأنه يختلف، فيقِلّ مرة، ويزيد أخرى، وهو بخلاف الجماعة؛ لأنها يحمل بعضها عن بعض؛ إن نقصت هذه زادت الأخرى، ولا يتحسس إلى ذلك في الجملة[2].

وأجاز ذلك في كتاب محمد، وقال: ما زال الناس هاهنا يشتري الرجل لبن الشاة شهراً، فلا بأس به[3].

ورأى أن الغالب استصحاب الحال فيها، وأنها على ما يعرف منها، وهو أحسن.

فإن نقص[4] بعضها عن المعتاد حطّ من الثمن بقدره إلا أن يقع جدبٌ

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧١.

(٤) في (ت): (زاد).

فيضر بها الحلاب، فيكون لصاحبها الفسخ.

وكذلك الغنم الكثيرة إذا أسلم في لبنها، أو اشتراه جزافاً فأجدبت الأرض وأضر بها الحلاب كان له أن يفسخ ذلك.

والسلم في الزبد والسمن والجبن والأقط جائزٌ على الصفة إذا كان مضموناً، ولم يكن في أعيان غنم، وإذا كان على ما يكون من غنم بأعيانها؛ جاز ذلك في الزبد والجبن؛ لأنه تعلم صفته[1].

واختلف في السمن والأقط: فأجازه ابن القاسم، وكرهه أشهب، ورأى أن الصفة فيهما تختلف[2].

وأرى أن يجوز إذا أسلم في بعض ما يكون منها من سمن أو أقط، وما يرى أنه لا بد أن يحصل منها بعد احتلاب ذلك القدر على تلك الصفة.

وإن أسلم في القدر الذي يكون منها من السمن والأقط، لم يجز؛ لأنه إن خرج على غير الصفة التي شرطت، لم يلزمه قبوله، ورد رأس المال، فكان تارة سلفاً، وتارة بيعاً.

فصل

[في السلم في اللحم]

السلم في اللحم يجوز بأربعة شروط:

تسمية الجنس؛ ضأن أو معز، أو غير ذلك.

والسن؛ جذْع أو ثني أو رباعي، ذكراً أو أنثًى، فحلاً[3] أو خصياً.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥٩.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٥٩.

(٣) قوله: (فحلاً) ساقط من (ث).

وموضعه من السمانة.

ووزناً معلوماً.

وأجاز في الكتاب أن يسلم تحرياً من غير وزن[١]، والوزن أحسن إلا عند عدم الموازين.

قال **ابن القاسم**: قال **مالك**: إذا اشترط تحرياً معلوماً، فإن ذلك جائز؛ ألا ترى أن اللحم يباع بعضه ببعض بالتحري، والخبز أيْضاً يباع بعضه ببعض بالتحري[٢].

وقال **ابن القصار**: اختلفت الروايات عن مالك في جواز بيع اللحم باللحم، والخبز بالخبز على التحري بغير وزن، فأجازه في البوادي والقوافل، وحيث يتعذر الوزن استحساناً، قال: وروي عنه المنع منه[٣].

قال الشيخ رحمه الله: وهو أحسن ألا يجوز ذلك بحال، بخلاف السلم؛ لأن المماثلة لا يقطع بها في تحري بعضه ببعض، والتفاضل اليسير ربا وحرام، والسلم يراد منه رفعُ الغرر، وإذا كان التحري يأتي على المقاربة فيما يتحرى من ذلك أن يقع الغرر فافترقا، والصواب أنه لا يسلم إلا على وزن معلوم؛ لأنه أسلم من الغرر.

وأجاز ابن القاسم في كتاب محمد إذا أسلم في اللحم ألا يسمى الموضع الذي يؤخذ منه، قيل له: فإن قضاه مع ذلك بطونا فأبى عليه، قال: أفيكون لحم بغير بطون؟[٤].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٦.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٦.

(٣) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٤٣٤.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٥، ونص النوادر: (إن لم يذكر من أين يأخذ، من جنب أو فخذ، فجائز، وإن ذكره، فحسن. وذكر مثله في كتاب ابن المواز).

ومحمل قوله على أن تلك عادة لهم، فأما اليوم فلا يقضى بذلك؛ لأنَّ الشأنَ بيعُ البطون بانفرادها.

وأرى إن سميا الناحية التي يقضى منها؛ فهو أحسن، وإن لم يسم قضى من المقدم والمؤخر، ولم يخص ناحية دون غيرها.

وإن أسلم في الرؤوس سمى الجنس ضأناً أو معزاً أو بقراً، والسن حملاناً[1]، أو ثنيانا[2]، أو غير ذلك.

والتسمية في الرؤوس آكد منها في اللحم؛ لأنه لا يسلم فيها بوزن، فكانت تسمية الصغير من الكبير آكد منها في غيرها[3]، ويسمي موضعه من الجودة والدناءة.

فصل

[في السلم في صوف الغنم]

السلم في صوف غنم بأعيانها جائزٌ إذا كان يأخذ في جزازها[4]، أو كان تأخره الأيام العشرة والخمسة عشر[5]، إذا كان القصد بتأخيرها أن يتعسل[6] لا ليتزيد.

---

(١) في (ت): (حملاً).

(٢) في (ت): (ثنياً).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٦٥، والمعونة: ٢/ ٢٦، والإشراف: ٢/ ٥٧٠.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٥٩.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٢.

(٦) التعسيل في الصوف يقابل اليبس في الثمار، قال الإمام اللخمي عن الصوف: (يختلف فيه هل يكون غلة بالتمام، أو حتى يتعسل، أو تجز قياسا على الثمرة هل تكون غلة بالطيب، أو باليبس، أو بالجذاذ فالتمام نظير الطيب، والتعسيل كاليبس، والجز كالجذاذ) انظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، للحطاب الرُّعيني: ٦/ ٣٩٣.

وإن كانت بغير أعيانها أسلم في وزن معلوم، ولا يسلم في جزز فحول أو غير ذلك؛ لأن وزن ذلك يختلف[١]، ولا بأس أن يسلم في عدد جزز إذا كان تحري كل جزة كذا وكذا، قياساً على قوله في اللحم.

فصل

[في السلم في الجلود]

السلمُ في الجلود جائزٌ[٢]، فإن أسلم في جلود المعز، جاز إذا وصف سعتها وسمنها، وهل هي ذكور أو خصيان، أو إناث؛ لأنَّ الأثمانَ تختلف لاختلاف ذلك، وإن كانت ضأناً أو غيرها وصف بصفة ترفع الغرر منها.

واختلف فيمن اشترى جلود غنم أو بقر بأعيانها قبل ذبحها:

فقال مالك في كتاب محمد: إن كان ذلك لا يختلف وكان[٣] متقارباً فلا بأس، قيل: فإن جعله بالخيار حتى يفرغ منها وينظر إليها؟ قال: إن لم ينقد الثمن فلا بأس[٤].

وقال أيْضاً: ما هو بالحرام البين وما يعجبني[٥]، وعسى أن يكون خفيفاً، وقد كان ناس يفعلون ذلك.

وقال أيْضاً: لا يعجبني مثل بيع لحمها.

وقال ابن القاسم: يفسخ، وإن فات جاز بيعها[٦].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٨.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٨.

(٣) قوله: (فيمن... لا يختلف وكان) في (ت): (في شراء جلود غير موصوفة).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٢.

وأرى إذا كان يختلف خروجها أن يكون فاسداً إذا كان الخيار للمشتري وحده، وإن كان كل واحد منهما بالخيار، ولم ينقد؛ جاز، وإن اشتراها على أنها إن كانت على صفة كذا وكذا أخذها وإلا فلا بيع بينهما جاز إذا لم ينقد.

فصل

السلم في الحيتان[١]

(ب) ٣٥٥/ب

وقال ابن القاسم:/ إذا أسلم في الحيتان، فإنه يسمى الجنس ويسلم وزناً أو قدْراً[٢]. يريد بالقدر التحري بغير وزن.

ويسمي قدر السمك من الكبر والصغر؛ لأنه وإن كان بوزن فإن الكبار أثمن، فإن كانت النواحي التي يجلب منها ذلك الجنس يختلف في السن أو الطيب أو الثمن، فإنه يسمي الناحية التي يأخذ منها.

وكذلك السلم في الطير، فإنه يسمي[٣] الجنس وموضعه من الصغر والكبر والسمانة[٤]، فإن أراد أن يأخذ بعد الأجل طيراً غير جنس الذي أسلم فيه مما يحيى أو لا يحيى مذكور في كتاب السلم الثالث[٥].

---

(١) قوله: (السلم في الحيتان) ساقط من (ث).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٦.

(٣) قوله: (الناحية التي... فإنه يسمي) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٦٦.

(٥) في (ت): (الثاني).



باب
في ذكر السلم في المصنوعات



وقال ابن القاسم فيمن استصنع طستاً، أو قمقماً، أو استنحت سرجاً: إن ذلك جائز إذا كان مضموناً، وضرب الأجل، وقدم رأس المال ولم يكن يعمل من شيء بعينه[١].

ويفترق الجواب في المعين يشتريه ليعمله بائعه على ثلاثة أوجه:

فإن كان لا تختلف الصفة التي يكون عليها إذا صنع؛ جاز، كالذي يشتري القمح على أن يطحنه بائعه، والزيتون على أن يعصره فيأخذ منه كيلاً معلوماً، والثوب منه[٢] على أن يخيطه.

وإن كان يختلف خروجه إلا أنه يعاد إلى حاله الأول، فتعاد صنعته، حتى يأتي على الصفة التي يشترط؛ جاز أيضاً، وذلك كالحديد، والنحاس، والرصاص، يقول: أشتريه منك على أن تعمل منه كذا وكذا، فهذا يجوز؛ لأنه إن خرج على غير الصفة التي شرط أعاده مرة أخرى، حتى يصنعه على الصفة التي شرط، إلا أن يكون شراؤه جملة ذلك الرصاص، فلا يجوز؛ لأنه كلما أعيد نقص، فلا يقدر أن يعمل بالثاني إلا دون الأول.

وإن كان ذلك مما لا[٣] يختلف خروجه، ولا يعاد لهيئته الأولى لم يجز، كالثوب يشترط صبغه، والغزل يشترط نسجه، والعود على أن[٤] يعمله

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٨، ٦٩.

(٢) قوله: (منه) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (لا) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (على أن) ساقط من (ت).

تابوتاً أو باباً.

ولو كثر الغزل فاشترط أن يعمل منه ثوباً وكان إن أتى من بعضه على غير الصفة، عُمل من نفسه[١] حتى يأتي على الصفة؛ لجاز.

واختلف فيمن استأجر أجيراً ليأتيه بالغلة: فأجيز[٢]، ومُنع[٣].

ويلزم على قوله في الأجير يأتيه بالغلة أن يجوز أن يشتري الثوب على أن يصبغه؛ لأن الأجير باع منافعه على أن يبيعها، والمشتري لا يدري ما يأتيه به.

وقد قيل أيضاً فيمن اشترى سلعة على أن يبيعها بائعها: إنَّ ذلك غير جائز، وكأنه اشترى الثمن الذي تباع به، وكل هذا جائز على قوله في الأجير يستأجره ليأتي بالغلة: إنَّه جائز، وإذا جاز البيع؛ لأنَّ ذلك مما لا يختلف خروجه، أو كان يختلف ويعاد لهيئته فإنه يجوز إذا شرع في العمل، ويجوز تأخير رأس المال، ثم يجري حكمه فيما بعد ذلك على الجواب في بيع وإجارة.

فإن هلك ذلك القمح قبل طحنه، أو الثوب قبل خياطته، أو الحديد والنحاس قبل صنعته، وكان هلاكه ببينة، أو لم تكن بينة، ولم يكن البائع ممن انتصب لتلك الصنعة، وحلف على ضياعه، كانت مصيبته من مشتريه، وحط عن المشتري قدر الصنعة؛ الطحن[٤] أو الخياطة، أو غير ذلك.

وإن كان ممن انتصب لتلك الصنعة ضمنه بالقيمة لا بالثمن الذي بيع به؛ لأن التمكين في المبيع قد تقدم، وإنما بقي لموضع الصنعة، ويكون على المشتري

---

(١) في (ت): (بنفسه).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٤٤٢، والبيان والتحصيل: ١٠/ ٥١٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٣٦.

(٤) قوله: (الطحن) ساقط من (ت).

ما ينوبه من الثمن، ويحط عنه ما ينوب الصنعة حسبما تقدم.

وأما الزيتون إذا كان على البائع عصره ليأخذ منه مكيله؛ فإن مصيبته من بائعه، وإن قامت البينة على ضياعه؛ لأن كل مبيع على الكيل مصيبته من بائعه حتى يكال.

ولو لم يسلم في الغزل على أن ينسج واشتراه على أنه إن خرج على ما وصفا[1] أخذه ونقد، وإن خرج على غير ذلك كان لبائعه جاز.

(١) قوله: (وصفا) في (ت): (وصف).

باب



ما لا يجوز السلم فيه كالديار والأرضين والشجر والجزاف وتراب المعدن والصواغين



ولا يجوز السلم فيما لا يقدر على الوفاء به وإن كان معلوم الصفة، ولا فيما لا تحصره صفة وإن كان مقدوراً على الوفاء به.

فالأول: الديار والأرضون: لا يجوز السلم فيها؛ لأنهما إذا وصفا صفة معلومة ولم يذكر الموضع كان فاسداً؛ لاختلاف أغراض الناس[1] في المواضع، وإن عين الموضع والمحلة لم يجز؛ لأن من شرط السلم أن يكون مثل ذلك المسلم فيه بذلك الموضع كثيراً يُعرَضُ للبيع، ومتى كان قليلاً أو كثيراً وإنما هو لغير البيع لم يجز، وكذلك البساتين.

وإن أسلم في عدد شجر تقبض بغير أرض، وكان ذلك الجنس يوجد شراؤه، ولا يتعذر الوفاء به عند محل الأجل جاز، وإلا لم يجز، وكذلك السلم في البناء بغير أرض: لا بأس به إذا وصفه وكان لا يتعذر/ الوفاء به، وبناؤه عند محل الأجل، وكان عند الذي يسلم موضع يضعه فيه، أو لا يتعذر بيعه حينئذ بذلك البلد ممن يبنيه عنده.

(ب) ٣٥٦/أ

فصل

[في السلم في تراب المعادن]

ولا يجوز السلم في تراب المعادن[2]، ولا أن يُقرَض، ولا بيع المعين منه

---

(١) في (ت): (لاختلاف الأغراض).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٩.

على الصفة، إذا كان غائباً؛ لأنه لا تحصره صفة، ويجوز بيعه إذا كان حاضراً مرئيّاً، قيل لمالك: إنه غرر ولا يعرف ما فيه؛ لأنه مختلط بالحجارة، قال: قد عرف ناحيته وحزره[1].

واختلف في قسمته: فروى ابن القاسم عن مالك جوازه[2].

وقال **يحيى بن عمر**: لا يجوز؛ لأنه لا بد من أن يكون أحد النصيبين أكثر، ولو جاز ذلك، لجاز سلفه.

وقال **محمد بن عبد الحكم**: قسمته أخف من قرضه؛ لأن التبر الواحد الغالب تساويه.

ولا يجوز السلم في تراب الصواغين[3] ولا في سحيرةالذهب ولا كنك الفضة، ولا بيعه بالنقد بغير جنسه وإن كان حاضراً؛ لأنه لا يدري ما فيه، فإن بيع رُد البيع إذا كان قائماً، فإن فات عند مشتريه بأن خلطه بما لا يعرف قدره، أو بعثه لبلد آخر، أو باعه ممن خرج به؛ كان عليه قيمته على حاله لو كان يجوز بيعه؛ لأنه لا يقدر على أكثر من ذلك، فإن عمله وصفّاه، فقد قيل: يكون ما خرج منه لبائعه، ويكون عليه أجرة المثل ما لم تجاوز الأجرة ما خرج منه، والقياس: أن يكون ذلك فوتاً، ويكون عليه قيمته كالأول.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٩٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٧٠.

فصل

[في السلم جزافا]

ولا يسلم في الجزاف وإن كان مما يكال أو يوزن؛ لجهل ما يقضى.

وأجاز مالك أن يسلم في اللحم بغير وزن على التحري[1].

وأجازه ابن القاسم في الحوت أن يسلم فيه بالقدر بغير وزن، ومنع ذلك كله ابتداء أحسن إلا عند تعذر الموازين[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٦.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٦.

باب



في سلم الحديد والكتان والصوف في جنسه والثياب بعضها ببعض



سلم الموزون من الحديد والصوف والكتان على ثلاثة أوجه: فإما أن يكونا غير مصنوعين أو مصنوعين، أو أحدهما مصنوعاً والآخر غير مصنوع، فإن كانا غير مصنوعين؛ لم يسلم أحدهما في الآخر وإن تباينا في الجودة.

وقال ابن القاسم: وإن كان أحد الحديدين يعمل منه السيوف، والآخر لا يعمل ذلك منه، أو كان أحد الصوفين يعمل منه السيجان العراقية والأسوانية، والآخر لا يعمل منه ذلك أبداً، والكتان كذلك، وهذا حماية، لئلا يتذرع بها يتباين إلى ما يتقارب[1].

والقياس أن يجوز، وأصل المذهب أن كل ما يتباين اختلافه من الجنس الواحد، ويُقصد من أحدهما خلاف ما يقصد من الآخر: أن يجوز سلم بعضها في بعض، وليس كون ذلك مما يكال أو يوزن علة في المنع.

والحيوان والثياب يكون أصلُها واحداً، ويجوز سلم أحدهما في الآخر، إذا اختلفت منافعها، وقد قيل: إن[2] المنع، لأنه يمكن أن يعمل من الدنيء جيداً إذا بولغ في عمله.

وقد نص ابن القاسم على خلاف ذلك، ومنع من أن يسلم الصوف في الصوف، وإن كان لا يعمل من أحدهما ما يعمل من الآخر أبداً، فإذا صارا

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧١.

(٢) قوله: (إن) ساقط من (ت).

مصنوعين، أو صنع أحدهما افترق الجواب[١].

فأما الحديد والنحاس وما يصح أن يعاد بعد الصنعة لهيئته فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

فأجاز مالك وابن القاسم إذا كانا مصنوعين أن يسلم سيفاً جيداً في اثنين دونه، قال: بمنزلة فرس في فرسين[٢].

ومنع إن كان أحدهما مصنوعاً والآخر غير مصنوع أن يسلم أحدهما في الآخر[٣].

وأجازه في كتاب الثالث، وجعل الحكم فيه كالحكم في ثوب الكتان بالكتان، وقال: لا بأس بالثوب الكتان بالكتان نقداً، ولا بأس بالتور النحاس بالنحاس نقداً، ولا خير في الفلوس بالنحاس، إلا أن يتباين الفضل إذا كان عدداً[٤].

فرأى أن الصنعة نقلته إذا عمل توراً، فجاز من غير مراعاة لفضل، بخلاف الفلوس.

وحكى فضل عن يحيى أنه قال: لا بأس أن يسلف سيوفاً في حديد لا يخرج منه السيوف.

قال: مثل قوله في ثوب كتان في كتان، قال: ووافقني عليه أبو إسحاق البرقي.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧١.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٧٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٧١.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٠.

ومنع ذلك سحنون فإن صنعا، وقال: وليس ضرب السيف صنعة تخرجه من الحديد؛ لأنه يعاد حديداً.

والأول أحسن، وليس هذا مما يفعله ذو عقل أن يعيد السيف حديداً، ولو فعله أحد عوقب؛ لأن ذلك من الفساد وإضاعة المال، وإن كان ذلك مبلغ عقله وتمييزه حُجر عليه.

وقد تقدم ذكر سلم الكتان في الكتان، فإن غزلا جاز أن يسلم أحدهما في الآخر إذا اختلفا؛ فيسلم قليلاً جيداً في كثير رديء؛ لأنه لما غُزلا فات أن يُعمل من أحدهما ما يُعمل من الآخر، ولو عُملا ثياباً جاز أن يسلم أحدهما في الآخر.

ويسلم ثوب كتان في كتان[1] وفي غزل، وإن بعد الأجل، ولا بأس أن يسلم الكتان والغزل في ثوب/ كتان إذا قرب الأجل، ولم يكن بينهما ما يعمل منه ذلك الثوب، ولا يجوز إذا بعُد وكان[2] بينهما من الأجل ما يعمل منه مثل[3] ذلك الثوب إلا أن يكون ذلك الغزل مما لا يعمل منه مثل[4] ذلك، فيجوز وإن بعُد الأجل.

(ب) ٣٥٦/ب

فإن كان الغزلُ أجودَ جاز، قلَّ وزنه أو كثر؛ لأنها مبايعة، فإن كان وزنه أقل؛ كان فضل وزن الثوب وصنعته لمكان جودة الغزل، وإن كان مثل وزنه كانت صنعة الثوب لمكان جودة الغزل، وإن كان الغزل أدنى؛ لم يجز، إلا أن يكون أكثر وزناً، فإن كان مثل وزنه أو أدنى دخله سلف بزيادة، والزيادة فضل

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧١.

(٢) قوله: (وكان) في (ت): (ما كان).

(٣) قوله: (مثل) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (مثل) ساقط من (ت).

جودة غزل الثاني وصنعته، وعلى هذا يجري الصوف في ثوب الصوف، والقطن في ثوب القطن.

واختلف في المصنوع يباع بجنسه من الكتان والقطن والصوف والجلد بالأحذية نقداً.

فأجاز ذلك مالك في الكتان جملة من غير أن يعتبر فيعلم مبلغ أحدهما من الآخر[١].

وقال محمد: كره **مالك** الصوف بالثوب الصوف يداً بيد، والجلد بعشرة أحذية وإن كان يدا بيد، وإن كان من غير جلده، قال: وجعله من المزابنة[٢].

يريد: أن صاحب الأحذية يقول: لعلي أكون الذي أغبن، وآخذ الجلد فأعمل منه أكثر، ويقول الآخر: قد لا يخرج الجلد مثل تلك الأحذية التي آخذ، فأكون أنا الذي أغبن.

وقال **أبو الفرج**: لا يباع اللبن الحليب باللبن الحليب[٣]، لما فيهما من الزبد المجهول وجعله من المزابنة.

وقال **ابن القاسم** في منع بيع اللحم بالحيوان: إن ذلك لموضع الفضل والمزابنة[٤].

والأصلُ في جميع ذلك حديث **ابن عمر** رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٧.

(٣) قوله: (باللبن الحليب) في (ث): (بالحليب).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٧.

المزابنة، والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلاً[(١)]، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً»، اجتمع عليه الموطأ والبخاري ومسلم[(٢)].

وموضع المزابنة: أنَّ بائع الرطب يقول: قد لا يصح فيه إذا يبس مثل التمر الذي آخذه، والآخر يقول: قد يكون في الرطب فضل فأكون أنا الذي أغبن، وهذا الوجه يستوي فيه الطعام والعروض، فنصَّ النبيُّ ﷺ على منع هذا الوجه، ونص في غيره على تحريم الربا، فالفساد يدخل في هذه المبايعة من وجهين: الربا والمزابنة.

فصل

[في سلم الثياب]

فأما سلم الثياب بعضها في بعض فإن اختلفت، وكان الفضل من أحد الجنبتين جودة أو كثرة، لم يجز ذلك، وهو سلف بزيادة إذا كان المتأخر أفضل، أو ضمان بجعل إن تقدم.

فإن كان لكل واحد منهما[(٣)] فضل على الآخر؛ أحدهما أجود، والآخر أطول أو أعرض جاز ذلك، وهذه مبايعة، وهذا إذا كان السلم واحداً في واحد، وإن اختلف العدد، جاز أن يسلم واحداً جيداً في اثنين، فأكثر دونه.

ولا بأس أن يسلم نصفاً جيداً في كامل رديء، وكاملاً رديئاً في نصف

---

(١) قوله: (كيلاً) ساقط من (ت).

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٦٠، في باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، من كتاب البيوع، برقم (٢٠٦٣)، ومسلم: ٣/ ١١٦٨، في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، من كتاب البيوع، برقم (١٥٣٩)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦٢٤، في باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، من كتاب البيوع، برقم (١٢٩٤).

(٣) قوله: (منهما) ساقط من (ث).

جيد، فيكون قد ترك فضل الجيد، لمكان كمال الرديء.

واختلف إذا اختلفت أصول الثياب واستوت المنفعة، كرقيق الكتان، ورقيق القطن؛ فأجازه ابن القاسم ورآهما صنفين، ومنعه أشهب.

وأجاز ابن القاسم في السلم الثالث الفُرْقُبيّ[1]، وهو من رقيق الكتان في الهروي، والمروي[2] وهو من رقيق القطن.

ومنعه أشهب في مدونته، ورآهما صنفاً واحداً، وهو أحسن.

والمراعى المنفعة ليس الأصول، فكما يجوز أن يسلم ما أصله واحد إذا اختلفت منفعته، فيسلم بعضه في بعض، فكذلك يمنع ما اختلف أصله إذا استوت المنفعة، كخل العنب بخل التمر، وأما ثياب الكتان والصوف والحرير، فيسلم بعضها في بعض؛ لأن منافعها مختلفة. ولا بأس أن يسلم ما استوت جودته بعضه في بعض[3]؛ لاختلاف منافعها، كالعمائم والأردية تسلم فيما يراد للقطع، ويعمل منه أقمصة، وما أشبه ذلك فهذه منافعها مختلفة، فلم يُراعَ استواؤها في الجودة.

وإن أسلم ثوبا فسطاطيّاً في فسطاطي إلى أجل، ومروي نقداً أو إلى أجل، لم يجز، وهو سلف بزيادة، وإن تعجَّل الفسطاطي وتأخر المروي جاز[4]. واختلف إذا أسلم فسطاطياً في فسطاطيين مثله أحدهما نقداً والآخر إلى أجل، فأجازه ابن القاسم ومنعه سحنون.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧٣.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٧٣.

(٣) قوله: (لأن منافعها مختلفة... بعضه في بعض) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٧٣.

وقال محمد: ولقد اضطر المخزومي طرد القياس فيه لأشهب حتى قال: لو كان فيها[١] دينار بدينارين أحدهما معجل لصاحبه والآخر إلى أجل لجاز.

يريد: أن القصد بذلك المعروف، وهو بمنزلة الدينار بأوزن منه، ويجوز على قوله أن يكون الأوزن نقداً، والآخر إلى أجل، وجوازه في الثياب أحسن، وإنما يمنع من ذلك ما كان القصد فيه إلى ما يؤدي إلى الفساد.

وإن اختلفوا في الجودة، وكان المنفرد مثل المعجل من الثوبين أو أدنى؛ جاز، وإن كان المنفرد أجود من المعجل ومثل المؤجل أو دونه؛ لم يجز، وهو سلف بزيادة، والزيادة المعجل مع فضل المؤخر إن كان المؤخر أجود، وإن كان المنفرد أجود من الاثنين وأوزن وهو حينئذ مبايعة؛ لأنه لا بأس أن يسلم نصفاً جيداً في كامل رديء.

وأجاز في مختصر[٢] الوقار أن يسلم ثوباً في مثله إلى أجل، ورأى أنه لما لم يكن هناك زيادة من أحدهما لم يدخله فساد، ووافق في أنه لا يجوز أن يسلم واحداً في اثنين مثله.

---

(١) قوله: (فيها) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (في مختصر) ساقط من (ت).



باب
في القرض وما يجوز منه وما يمنع



قال **ابن القاسم**: القرض عند مالك جائز في الثياب والرقيق والحيوان، وفي جميع الأشياء إلا الجواري وحدهن[1].

(ب) ٣٥٧/أ

قال الشيخ / ﷺ: القرض جائز في سائر المتملكات اللواتي يجوز بيعهن، ويمنع في أربع:

ما لا تحصره الصفة، كتراب المعادن، والصواغين.

وما لا يقدر على الوفاء به، وإن حصرته الصفة، كالديار والأرضين والبساتين.

والجزاف إلا فيما قل من الموزون، كما يجوز السلم في اللحم بالتحري، وهو في القرض أخف.

والجواري، لا يجوز فيهن القرض؛ لأنه من باب عارية الفروج[2] إلا أن تكون الجارية في سن من لا توطأ، أو يكون المقرَض ممن لم يبلغ الالتذاذ إذا أقرضها له وليه، أو يقرض لامرأة أو لأحد من ذوي محارمها، أو ممن لا يجوز له وطؤها من ذوي محارم الأول، إذا كان الأول أصابها، أو لمن عليه دين فيقبضها فيه.

وقال محمد بن عبد الحكم في مختصر حمديس: لا بأس بقرض الجواري إذا كان يرد مثلهن.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧٤.

(٢) قوله: (لا يجوز فيهن... عارية الفروج) زيادة من (ب).

وقال أبو محمد عبد الوهاب[١] في المعونة: إن اقترض أمة ردها ما لم يطأها؛ لأن قبول ردها حق للمستقرض[٢]، فيلزم المقرض قبولها، فإن وطئها لم يجز ردها[٣].

يريد: أن غرض المستقرض أن يرد مثلها، لا ليرد عينها، فإذا كان ذلك كان قرضاً جائزاً، وقيل له: حقك في الرد ما لم تطأ، فإذا وطئتها سقط حقك في الرد.

وإنما مُنع قرض الديار؛ لأنه لا يتأتى وجود المثل في تلك المحلة، يكون مثلها في الذرع وعدد البيوت وصفة البناء وارتفاع سمكها وصفة علوها إن كان لها علو، وأيضاً، فإنه يزاد إن كان مثلها كثيراً في تلك المحلة للبيع متى أراد شراء ذلك وجده.

ولا يجوز قرض منافع الديار لهذه الوجوه، وكذلك البساتين والأشجار لا يجوز قرضهن؛ لتعذر وجود[٤] مثله في ذلك الموضع، أو ما قاربه في كرم أرضه وأعداد شجره، وكونها مثلها في الشباب والجنس، ولو كان ذلك في أصول بغير أرض، لجاز إذا كان بيع مثل[٥] ذلك في ذلك الموضع موجوداً.

وقال محمد بن المواز: لا بأس بالتمر بالنخل يداً بيد، وإلى أجل قريب أو بعيد إذا وصفت النخل، ولم يكن فيها ثمر يوم يأخذها ثمر طلع أو بلح[٦].

---

(١) قوله: (أبو محمد عبد الوهاب) في (ت): (عبد الرحمن).

(٢) في (ت): (للمشتري).

(٣) انظر: المعونة: ٢/ ٣٤.

(٤) قوله: (وجود) في (ت): (وجوده).

(٥) قوله: (مثل) ساقط من (ت).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٩، ونص النوادر: (ولا بأس بتمر بنخل، يدًا بيد، وإلى أجل،

ومحمل قوله على أن السلم في ذلك بغير أرض يأخذها المسلم فيغرسها حيث أحب، ويختلف في قرض المبقلة، فلا يجوز ذلك عند ابن القاسم، ويجوز عند أشهب، وهذا على اختلافهما في السلم في مثل ذلك، ويجوز قرض جلود الميتة بعد الدباغ، وليس القرض بيعاً[1]، وأجاز سحنون إجارتها؛ لأنه يبيع ما يجوز له الانتفاع به منها، ولا يشبه بيع المنافع بيع الرقاب[2].

=

إذا وصف النخل، ولم يكن فيها تمرة يوم يأخذها لا طلع ولا غيره).

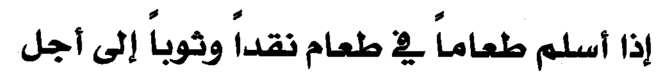
(١) انظر: المدونة: ٣/ ٦٣١.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٦٣١.





باب



إذا أسلم طعاماً في طعام نقداً وثوباً إلى أجل

ولا يجوز عند مالك أن يسلم حنطة في تمر نقداً وثوب إلى أجل، وأجاز إذا كان ذلك كله نقْداً[١]، وهذا خلاف ما تقدم له في بيع وصرف، وألا يجوز ذلك في طعامين، وإن كان كل ذلك نقداً؛ لأن حكم الطعام بالطعام حكم الصرف، فإذا لم يجز أن يضم إلى الصرف بيع لم يجز ذلك في الطعامين.

وقد كان بعض شيوخنا يقول: القياس إذا تناجزا في الطعامين أن يجوز تأخير الثوب، وإنما يؤمر أن يتناجزا فيما حكمه المناجزة، وهو الذهب والفضة، وكذلك الطعام بالطعام، ويبقى البيع على أصله في جواز التأخير.

وإن كان أحد الطعامين كثيراً والآخر يسيراً، كالمد وما أشبهه جاز أن يتراخى الطعامان، وأن يعجل الثوب؛ قياسا على قوله إذا باع سلعة ودرهما أو درهمين بدينار.

ولا يجوز أن يسلم في سلعة بعينها ليقبضها إلى أجل؛ لأنه غرر لا يدري هل يسلم إلى ذلك الأجل أم لا؟ فإن سلمت كان بيعاً، وإن هلكت كان سلفاً؛ ولأنه يزيده في الثمن؛ لمكان الضمان إلى ذلك الأجل، وهو في معنى ضمان بجعل، ولا يجوز أيضاً إذا لم ينقد؛ لأنه إن أسقط الفساد لمكان السلف لم يسقط لمكان الضمان[٢].

واختلف إذا أسقط الأجل وعجلت هل يمضي البيع أم لا؟ وأراه جائزاً إذا رضيا جميعاً؛ لأنه كعقد مبتدأ، وإن رضي أحدهما دون الآخر، لم يجز؛ لأن

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧٥.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٧٧، ٧٨.

الآخر يقول: العقد فاسد ومردود، وإذا كان لي ردها، لم يجز لك أن تلزمنيها.

قال **مالك**: إن شرطا[1] أن تقبض السلعة إلى يوم أو يومين جاز إن اشترط ذلك البائع على المشتري، أو المشتري على البائع[2].

وقال **ابن القاسم** في كتاب الرواحل: لا يعجبني ذلك إلا أن يكون ذلك لمنفعة تركب الدابة في ذلك اليوم و[3] اليومين وتستخدم الجارية، وإن لم يكن ذلك لركوب ولا لا استخدام ولا للبس، ولكن حتى يتوثق ويشهد فلا بأس، وإن كان قد أشهد وحبسه لا لمنفعة لم يعجبني ولا أفسخ به البيع[4].

قال الشيخ ﵁: أشد ذلك أن يكون الشرط من المشتري على البائع يقول: لا أقبضه إلى يومين أو ثلاثة وتبقى في ضمانك[5] وليس يؤخره إلا لذلك، وإن قال: هو في ضماني، ويبقى في يديك[6] هذه الأيام؛ جاز من غير كراهة.

---

(١) في (ت): (شرط).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٧٨.

(٣) قوله: (اليوم و) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٤٧٦.

(٥) في (ت): (ضمانها).

(٦) في (ت): (يديه).




باب
في أجل السلم

وقال مالك في السلم في الطعام والثياب والحيوان إلى يوم أو يومين: لا خير فيه إلا إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض[1]/ .

(ب) ٣٥٧/ب

قال ابن القاسم: ولم يحد لنا فيه حداً، وإني لأرى الخمسة عشر والعشرين يوماً[2].

قال الشيخ ﷺ: السلم على الحلول أو إلى يوم أو يومين أو شبه ذلك على ثلاثة أوجه:

يجوز في وجهين، واختلف في الثالث.

فالأول: السلم لمن شأنه بيع ذلك الصنف المسلم فيه، كالسلم في اللحم لِلَّحَّام، وفي الفاكهة للفكَّاه، وفي الرطب للرطّاب، وفي الثياب للحائك الذي يعمل مثل تلك الثياب؛ فجميع ذلك جائز على الحلول أو إلى أجل قريب يوماً أو يومين.

والثاني: السلم ليقبض ذلك خارجاً عن البلد الذي أسلم فيه، فذلك جائز، وإن قرب ما بين الموضعين، وكأن الأميال اليسيرة على الحلول أو الأيام اليسيرة.

والثالث: السلم لمن ليس شأنه بيع ذلك الشيء ليقبضه في البلد المسلم فيه، فاختلف فيه:

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٧٩.

(٢) قوله: (يوماً) ساقط من (ت). وانظر: المدونة: ٣/ ٧٩.

فقال مالك في المدونة: لا خير فيه[١].

وأجازه في كتاب محمد في الثياب والطعام والحيوان إلى يومين، وروى عنه ابن عبد الحكم أنه أجازه إلى يوم بعد أن كان كرهه[٢].

وقال ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر: السلم إلى يومين وإلى ثلاثة في الثياب والدواب أحب إليّ من بعيد الأجل[٣].

وقال أصبغ: إن وقع ذلك لم يفسخ[٤]، للاختلاف فيه[٥].

قال محمد: والقياس فسخه، ولم أصرح فيه بالفسخ للاختلاف في ذلك[٦] ورآه فاسداً.

واختلف في تعليل البيع[٧]: فقال أشهب في **كتاب محمد**: لا يصلح؛ لأنه غرر، كأنه أخذ منه الثمن ليشتري له به، فإن كان فيه فضل كان له، وإن كان نقصان كان عليه؛ يريد أنهما يتهمان أن يكونا عملا على ذلك.

وقيل: المنع؛ لأنه من باب[٨] بيع ما ليس عنده، فأجيز ما بعد أجله، لما ورد في ذلك من الأحاديث والعمل وبقي ما قرب أجله أو كان حالاً على المنع لأنه بيع ما ليس عنده.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٢٦٨، والنوادر والزيادات: ٦/ ٦٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٦ ونص النوادر: (قال عنه ابن وهب: وفي الثياب والحيوان إلى يومين أو ثلاثة: إنه جائز. قال عنه ابن وهب: وغيره أحسن منه).

(٤) قوله: (لم يفسخ) في (ت) و(ث): (فسخ).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٦.

(٦) قوله: (للاختلاف في ذلك) زيادة من (ب). وانظر: النوارد والزيادات: ٦/ ٦٦.

(٧) في (ث): (المنع).

(٨) قوله: (باب) ساقط من (ت).

وقيل في الجواز: إنه سلم قرب أجله فجاز؛ لعموم الحديث لقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ، فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»(١) فلم يفرق بين قرب الأجل وبعده.

وقيل: هو بيع نقد. ومحمل الحديث في بيع ما ليس عند البائع على المعين من ملك غيره، وهذا هو الصواب؛ لأنهم لم يختلفوا في اللحَّام والفكَّاه أنه يجوز على الحلول، وهذا يرد على من منع ذلك من غيرهم؛ لأنه لا فرق بين الموضعين، ومحمل الحديث في النهي على ما كان معيناً من ملك غيره أولى ليجمع بين الحديثين.

وأيْضا فإنه القياس في المعين لو لم يرد حديث؛ لأنه غرر ينقد في شيء لا يدري هل يباع منه أو لا؟ وهو تارة سلف وتارة بيع.

واختلف إذا لم ينقد وقال: إن صار في ملكي فهو لك بكذا وكذا، وأن يجوز أحسن؛ لأنه لا غرر فيه.

فصل

[في تسمية الأجل في السلم]

السلم في تسمية الأجل على ثلاثة أوجه: واجب، وساقط، ومختلف فيه.

فإن شرط القبض في البلد الذي عقدا فيه السلم، ولم يكن لمثل ذلك المسلم فيه عادة في وقت القبض؛ وجب تسمية الأجل، وإلا كان فاسداً.

وإن كان لمثله عادة في وقت(٢) قبضه، أجزأت العادة عن تسمية الأجل،

---

(١) سبق تخريجه، ص: ٢٨٧٨.

(٢) في (ث): (مثل).

وقد جرت العادة اليوم في الزيت إذا كان السلم في بدو الثمرة أنه يقبض في وقت العصير، وذلك في زمانه.

وفي السلم في الحبوب والقمح والشعير أنه يقبض وقت الحصاد، وكذلك السلم في التمر في بلدان النخيل، كالجزائر يجوز وإن لم يسميا الأجل، والقبض وقت الجداد، وسواء في هذا شرطا القبض في القرية التي يجني منها، أو في بلد من تلك القرى التي يجنى إليها.

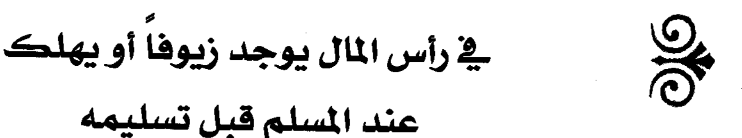
واختلف إذا لم يكن لمثل ذلك المسلم فيه عادة في وقت قبضه، وشرطا القبض بغير البلد الذي وقع فيه السلم، ولم يسميا أجلاً: فقيل: ذلك جائز، والمسافة التي بين البلدين كالأجل؛ فيجبر المسلم إليه على الخروج بفور العقد، أو التوكيل على الوفاء، فإذا وصلا أجبر على القضاء ويستحق القبض حينئذٍ من غير تأخير.

وقيل: السلم فاسد، وهو أحسن؛ لأن السلم يتضمن موضعاً يقبض فيه، ومدة يُقبض إليها، فذكر الموضع لا يفهم منه الأجل، كما أن ذكر الأجل لا يفهم منه الموضع، فإذا لم يسم الوقت الذي يقبض فيه بعد الوصول كان فاسداً.

وفي سماع ابن القاسم قال: سئل مالك عن رجال يقدمون من أرياف مصر على قدر مسيرة اليومين أو أكثر فيبيعون من رجال بالفسطاط طعاماً مضموناً عليهم يوفونهم إياه بريفهم ولا يضربون لذلك أجلاً، فقال: أليس ذلك حالا؟ فقلت: بلى، فقال: لا بأس بذلك[1]، ولم يجعله على الجواز، ولا على الحلول بمجرد العقد، وإلى هذا ذهب فضل إلى أن الدنانير والعروض سواء فهو فاسد.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ١٣٩.

باب
في رأس المال يوجد زيوفاً أو يهلك عند المسلم قبل تسليمه

وإذا وجد المسلم إليه رأس المال زيوفاً أو رصاصاً أبدلها، ولم ينتقض السلم[1].

وقال مالك في مختصر ما ليس في المختصر: إذا جاء المسلم إليه بدرهم ناقص، واعترض الآخر أنه من دراهمه؛ انتقض من السلم بقدره.

(ب ٣٥٨/أ)

ورأى أن النهي عن الكالئ بالكالئ شَرْعٌ غير مُعَلَّلٍ، فإذا تأخر رأس/ مال السلم فَسَدَ، وإن لم يعملا على التأخير، وكانا قد غلبا على المناجزة.

وقد اختلف في الغلبة في الصرف، واختلف إذا شرط تعيين الدنانير على ثلاثة أقوال:

فقيل: الشرط ساقط، **وقيل**: لازم، **وقيل**: إن شرط ذلك بائع الدنانير كان له شرطه، وإن شرطه مشتريها بطل الشرط.

فمن أبطل الشرط وجعلها بمنزلة غير المعينة يعود الجواب فيها عند العيب إلى ما تقدم، فيختلف هل يلزم بدلها ويكون السلم منعقداً، أو ينفسخ حكماً واحداً[2]؟ ومن ألزم الشرط أجاز الحلف إذا رضيا جميعاً ولا يدخله الكالئ بالكالئ؛ لأنه إذا صح التعيين صار بمنزلة لو كان رأس المال ثوباً أو عبْداً، فإذا ردها؛ انتقض السلم، وما تراضيا عليه سلم مبتدأ.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٠، ٨١.

(٢) قوله: (واحداً) ساقط من (ت).

وعلى القول الثالث: إن شرط ذلك المسلم لها؛ جاز الحلف إذا رضي وحده، وإلا فسخ، وإن شرطه المسلم إليه عاد الجواب إلى ما تقدم إذا لم يعين[١].

وقد اختلف فيمن اشترط شرطاً ليس بفاسد ولا يتعلق بالوفاء به منفعة، هل يلزم الوفاء به؟

فوجه القول بسقوطه: أن الأصل في تعليق حقوق الآدميين بعضهم على بعض ما يتعلق بها من المنافع، وهذا هو الغالب والموجود، وفي مثلها[٢] ورد تعلق الأحكام، فمتى عري من ذلك لم يتعلق به حكم.

ووجه القول بإلزامه قوله ﷺ: «المؤمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[٣]، ولم يفرق، والدنانير والدراهم لا تختلف الأغراض فيها، فالدنانير القائمة والأفراد وما أشبه ذلك الغرض في أحدها كالغرض في الآخر، إلا أن يعلم أن ذلك الشرط كان لمعنى كان الشرط لأجله، وقد يشترط ذلك بائعها؛ لأنه لا شيء عنده[٤] سواها، أو يكون له شيء يشق عليه بيعه لخلفها، أو يشترط ذلك مشتريها لحلها أو[٥] لطيب أصلها، فيكون لكل واحد منهما شرطه؛ لأنه حينئذٍ شرط يتعلق به منفعة.

---

(١) قوله: (يعين) في (ث): (تعين).

(٢) قوله: (وفي مثلها) في (ت): (وفيها).

(٣) أخرجه أبو داود: ٢/ ٣٢٧، في باب في الصلح، من كتاب الأقضية، برقم (٣٥٩٤)، وسنده حسن صحيح.

(٤) قوله: (عنده) في (ت): (عليه).

(٥) قوله: (أو) في (ث): (و).

فصل

[في حكم السلم إذا كان رأس المال فيه معيناً أو موصوفاً فوجده معيباً]

وإن كان رأس مال السلم عرضاً أو شيئاً مما يكال أو يوزن فرده بعيب؛ انتقض السلم(١)، وهذا إذا كان انعقاد السلم على شيء بعينه، وإن لم يكن رأس مال السلم معيناً، وكان موصوفاً على قول من أجاز الموصوف على الحلول؛ لم ينتقض السلم برده بالعيب، وكان الحكم بينهما الرجوع بمثله.

فصل

[في العمل إذا انتقض السلم بسبب رد رأس المال المعيب]

وإذا وجب انتقاض السلم لرد رأس المال؛ لأنه كان معيباً، وكان ذلك بعد أن قبض المسلم فيه، فإن كان قائماً بيد المسلم ردَّه.

وإن حالت سوقه، أو حدث به عيب، أو خرج من يد قابضه نظرت، فإن كان المسلم فيه عروضاً، أو عبيداً، أو حيواناً؛ ردّ قيمته يوم قبضه، وإن كان موجوداً بيده، وإن كان مما يوزن أو يكال، كالطعام والحديد والنحاس؛ كان لبائعه أن يأخذ عينه إن كان موجوداً بيده، أو مثله إن لم يكن موجوداً، ولا تفيته حوالة الأسواق.

وروي عن ابن وهب في البيع الفاسد في المكيل والموزون أن حوالةَ الأسواق تفيته، فعلى هذا لا يكون للمسلم إليه أن يرجع فيما سلمه إذا فات

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٩، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٤١٦.

بحوالة الأسواق، ويرجع بقيمته.

فصل

[في حكم السلم إذا كان المسلم فيه معيباً]

وإن كان العيب بالمسلم فيه فظهر على ذلك العيب بعد قبضه لم ينتقض السلم بحال، وسواء كان السلم في ثوب، أو عبد، أو فيما يكال، أو يوزن، ولقابض ذلك وهو المسلم أن يرده بالعيب ويرجع بالمثل في الذمة بمنزلة لو لم يقبض ذلك[١].

وكذلك إن كان ظهوره على العيب بعد أن حال سوقه، فإن له أن يرده؛ لأن حوالة الأسواق لا تمنع[٢] الرد بالعيب.

وإن حدث به عنده عيب كان له أن يرد ويغرم ما نقصه ذلك العيب، ويرجع بمثل الصفة التي أسلم فيها، وإن أحب أن يمسك أو كان خرج من يده بهبة، ثم اطلع على العيب كان في ذلك ثلاثة أقوال:

فقيل: يغرم قيمة ما قبض معيباً ويرجع بالصفة، **وقيل**: يرجع بقدر ذلك العيب شريكاً في الصفة التي كان أسلم فيها، فإن كانت قيمة ذلك العيب الربع؛ رجع بمثل ربع الصفة شريكاً للمسلم إليه.

وقيل: يرجع بقيمة العيب من الثمن الذي كان أسلم؛ لأن بقاءه شريكاً عيب عليه، وأرى أن يكون المسلم بالخيار بين أن يرد القيمة ويرجع بالمثل، أو ينتقض من السلم بقدر العيب؛ لأن رجوعه شريكاً عيب عليهما.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣١٥.

(٢) في (ث): (تفيت).

فصل

[في حكم هلاك رأس المال بيد بائعه قبل أن يسلمه]

وإذا هلك رأس مال السلم بيد بائعه قبل أن يسلمه، أو ادعى ذلك فإنه لا يخلو بقاؤه في يده من أربعة أوجه:

إما أن يكون ذلك بعد أن أمكنه من قبضه، أو لم يمكنه منه وكان محبوساً للإشهاد، أو لأنه استثنى بعض منافعه، أو لم يمكنه ولم يمنعه وكان حين العقد حاضراً بين أيديهما أو غائباً عنهما.

فإن كان حاضراً ومكنه منه ثم تركه مشتريه عنده؛ كان على أحكام الوديعة، فإن ادعى بائعه تلفه أو أن أحداً غصبه إياه أو استهلكه كان القول قوله، ويحلف إن كان ممن يتهم أنه كذب في قوله ذلك والسلم على حاله[1].

(ب) ٣٥٨/ب

وإن منعه منه حتى يشهد/ وهو مما يغاب عليه لم يصدق، وإن أمكنه من الرقاب وبقي لمنافع استثناها منه صُدق.

وإن لم يمنعه ولا مكنه وكان حاضراً بين أيديهما ومضى وتركه كان على حكم الإيداع؛ لأنه لم يكن له[2] حبسه لما كان الثمن إلى أجل بخلاف البيع على النقد.

وإن كان غائباً عنهما لم يصدق إلا أن تقوم البينة على تلافه.

ثم يختلف فيه إذا كان غائباً أو حاضراً محبوساً في الإشهاد هل تكون مصيبته من بائعه أو مشتريه؟ وذلك مبين في كتاب العيوب.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٠.

(٢) قوله: (له) ساقط من (ث).

ويفترق الجواب إذا لم تقم البينة على هلاكه، أو علم أن ذلك من سبب البائع؛ لأنه باعه من غيره أو وهبه أو أحرقه.

فقال **ابن القاسم**: إن ادعى ضياعه انفسخ السلم(١).

وقال **محمد**: المسلم إليه بالخيار إن شاء فسخ عن نفسه السلم، وإن شاء ألزمه قيمته(٢)، أحب أو كره، وكان الفسخ(٣) على حاله؛ لأنه يتهم في حبسه.

قال: وإن تعدى وباعه من غيره وغاب به مشتريه كان المسلم إليه بالخيار في وجهين: إن شاء أخذ(٤) الثمن الذي باعه به، وإن شاء أغرمه القيمة ما بلغت، ويكون عليه الفسخ(٥) في الوجهين جميعاً، ولا ينفسخ السلم، ولو تراضيا جميعاً لم يجز، قال: وإن أحرقه كانت عليه قيمته لا يصلح فيه غير ذلك(٦)، فلم ير للمسلم إليه أن يفسخ السلم عن نفسه إذا أحرقه؛ خيفة أن يكون قد اختار أخذ القيمة، فلا يجوز له أن ينتقل إلى الفسخ، فتكون إقالة على غير رأس المال.

وكذلك إذا باعه لم ير له أن يفسخ السلم؛ خيفة أن يكون قد اختار إجازة البيع أو التضمين وأخذ القيمة، فيكون إقالة على غير رأس المال.

ويلزم مثل ذلك إذا ادَّعى ضياعه؛ لإمكان أن يكون قد اختار أخذ

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧٥.

(٣) في (ث): (القمح).

(٤) قوله: (أخذ) ساقط من (ث).

(٥) في (ث): (القمح).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧٥.

القيمة، فتكون إقالة على غير رأس المال؛ لأنه حمل عليه أنه حبسه وحال بينه وبين قبضه، فصار كالغاصب له، فلهذا جعل له أن يأخذه بالقيمة، وإذا كان كذلك صارت إقالة على غير رأس المال منها[١]، وإن كان موجوداً عند المسلم إليه لما[٢] لَمْ يمكنه منه، وإنما تكون إقالة على رأس المال لو مكنه منه، ولم يوجب[٣] له أخذ القيمة، ولا يلزم ذلك ابن القاسم؛ لأنه لم يجعل له أخذ القيمة، وإنما رأى له أن يفسخ السلم من غير خيار؛ لإمكان أن يكون قد ضاع وأنه الصادق في قوله.

---

(١) قوله: (منها) ساقط من (ث).

(٢) قوله: (لما) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (يوجب) في (ت): (يتوجه).

باب



فيمن باع طعاماً فأخذ عن ثمنه طعاماً أو أقرض طعاماً أو أسلم فيه فأخذ غيره



ومن باع طعاماً، ثم أخذ عن ثمنه طعاماً، فإن كان المبيع سمراء فأخذ عن ثمنها سمراء مثلها في الكيل والجودة؛ جاز ذلك، وتكون إقالة، وإن كان الثاني أكثر كيلاً أو أفضل صفةً؛ لم يجز[1]؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملا على ذلك؛ فيدخله سلف بزيادة.

وإن كان الثاني أدنى صفة وأكثر كيلاً لم يجز أيضاً؛ لأنه ربما ترك فضل الأول لمكان كثرة كيل الثاني.

وإن كان الثاني أدنى في الكيل أو في الصفة أو فيهما جميعاً في الكيل والصفة كان فيهما قولان: المنع، والإجازة والجواز أحسن.

وليس يتهم الناس في الغالب فيما يجر إلى وضيعة، وإنما التهمة فيما يجر إلى زيادة، إلا أن يكون هناك دليل على التهمة، مثل أن يكون زمن[2] خوف، أو كان يخاف عليه الفساد، وهو في وقت ليس بيعه فيه من حسن النظر؛ لما يرجى من نَفَاقِه في المستقبل، فيتهمان على ضمانٍ بجعل، إلا أن يكون الآخر تافهاً يسيراً، وإن أخذ محمولة، وكان المبيع الأول سمراء، وكان الثاني أكثر كيلاً لم يجز، واختلف إذا كانت مثل كيل الأول فأدنى:

فرأى ابن القاسم مرة في كتاب الصرف أنهما مما تختلف فيه الأغراض؛

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٢، ٨٣.

(٢) في (ت): (من).

فيمنع التفاضل إن أخذ أدنى، وإن أخذ مثل الكيل دخله بيع الطعام بالطعام ليس يداً بيدٍ، ورأى مرة أن المحمولة أدنى[١]، فعلى هذا يختلف هل يتهمان على ضمان بجعل؟ وأن يجوز أحسن.

وقد تقدم أن التهمة إنما تكون فيما جر إلى منفعة ليس إلى خسارة، وإن أخذ تمراً أو قطنية لم يجز، هذا هو المعروف من قوله، والجواب فيها يجري على القول في بيوع الآجال:

فأجاز ابن القاسم في المدونة لمن باع ثوباً بدراهم إلى أجل أن يشتريه بدنانير نقداً إذا كانت الدنانير أقل[٢] من الأولى بالشيء البين[٣].

وأجاز ابن القاسم وعبد الملك في المجموعة إذا كانت الدنانير مثل صرف الدراهم بالنقد يوم البيع الأول؛ لأنه يحسن الصبر، وجعل التهمة فيما يعود بزيادة[٤].

فعلى أصل قوله في المدونة ينظر إلى ثمن الذي أخذ أخيراً فإن كان أقل من الثمن[٥] الأول بالشيء البين[٦] جاز؛ لأنه لا يتهم أن يبيع ما قيمته يوم البيع دينار ليأخذ مثل نصف قيمته إلى أجل.

وعلى قوله في المجموعة يجوز إذا كانت قيمة الطعام الثاني مثل قيمة

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٣٣، ٣٤.

(٢) قوله: (أقل) في (ث): (أكثر).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٦٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٠٥.

(٥) قوله: (الثمن) ساقط من (ت).

(٦) في (ث): (اليسير).

الطعام الأول يوم وقع البيع، والمراعاة[1] في قيمة الطعامين يوم البيع الأول، فإن كان في قيمة الثاني ذلك اليوم فضلٌ مُنِعَ، وإن نزلت سوقه الآن، وإن اقتضى بعض الثمن ثم أخذ عن البقية طعاماً مُنِعَ، كان الطعام المأخوذ الآن سمراء أو محمولة أو تَمراً، أو غير ذلك، ويدخله إذا كان الآخر مثل الأول بَيعٌ وسلفٌ/ ، وإن كان أجودَ أو أدنى - التفاضلُ، وإن كان من غير صنف الطعام بالطعام إلى أجل، إلا أن يكون الذي اقتضى من الثمن الشيء اليسير، فيجري الجواب فيه على ما تقدم إذا لم يقبض شيئاً، وكذلك إذا كان الباقي من الثمن الشيء اليسير[2]، وتضعف التهمة حينئذ في بيع وسلف.

(ب) ٣٥٩/أ

فصل

[في قضاء السمراء أو القطنية أو التمر بعضها من بعض]

وإن أقرض سمراء جاز أن يأخذ سمراء أفضل منها جودة، ويختلف إذا كانت أكثر كيلاً.

وقد تقدم ذلك في كتاب الصرف[3] فإنه لا فرق بين الفضل في الجودة وفي الكيل؛ لأن الأول كان على وجه المعروف فلم يحملا في ذلك على التهمة.

ولا بأس أن يأخذ قطنية أو تمراً بعد محل الأجل، كما يأخذ عن[4] الدنانير القرض دراهم، ولم يتهما على صرف مستأخر.

---

(١) في (ب) و(ث): (والمراعى).

(٢) قوله: (فيجري الجواب... من الثمن الشيء اليسير) ساقط من (ت).

(٣) انظر: كتاب الصرف، ص: ٢٨٤٩.

(٤) قوله: (عن) ساقط من (ت).

واختلف إذا أخذ التمر أو غيره من الطعام قبل محل الأجل:

فقيل: لا يجوز ذلك؛ لأنه يقدر أن الطعام الأول باق في الذمة يقتضيه من ذمته[١] إذا حلّ الأجل، ويدخله الطعام بالطعام إلى أجل.

وقيل: ذلك جائز؛ لأن الذمم تبرأ الآن وتخلو من الدينين.

وفي **كتاب الصرف** إذا أخذ عن القرض وهو سمراء دقيقاً[٢]، وفي **كتاب السلم الثاني** إذا أخذ عن الطعام طعاماً بغير البلد الذي أقرض فيه[٣].

ومن أقرض رجلاً طعاماً ليحيله على طعام مثله من قرض أو بيع، نظرت:

فإن كان قصد المقرض منفعة المقترض؛ جاز، وهو قول **أشهب وسحنون**[٤].

وإن كان قصده منفعة نفسه ليضمن له ذلك؛ لم يجز، كان قصده مع ذلك منفعة المقترض أم لا، وعلى هذا يحمل قول **ابن القاسم**، ومثله[٥] إذا أقرض دنانير ليحال بمثلها.

فصل

[في قضاء الطعام بعضه من بعض بعد محل الأجل وقبله]

وإن أسلم في مائة إردب سمراء، وأخذ بعد محل الأجل مائة إردب سمراء أجود أو أدنى؛ جاز، وهو في أجود حسن قضاء، وفي أدنى حَسَنٌ اقتضاء،

---

(١) قوله: (يقتضيه من ذمته) في (ت): (يقبضه من أسلمه).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٤٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٣.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٤٠.

(٥) قوله: (ومثله) ساقط من (ت).

ويجوز أن يأخذ أجود وأكثر كيلاً، أو[١] أدنى وأقل كيلاً، ولا يأخذ أجود وأقل كيلاً، ولا[٢] أدنى وأكثر كيلاً، وهو ربا.

ولا يجوز أن[٣] يأخذ قبل محل الأجل إلا مثل الكيل والصفة سواء، ولا يأخذ أجود ولا أكثر كيلاً، فيكون ضماناً بِجُعْلٍ، ولا أدنى صفة ولا أقل كيلاً، فيكون قد وَضَعَ وَتَعَجَّلَ.

ولا يجوز أن يأخذ أجود صفة وأدنى كيلاً، ولا أدنى صفة وأكثر كيلاً، فيدخله التفاضل والطعام بالطعام ليس يداً بيدٍ.

وإن كان السلم في سمراء وأخذ محمولة، فإن استوى الكيل وحلّ الأجل جاز، وإن كانت المحمولة أكثر كيلاً، لم يجز.

واختلف إذا كانت أدنى كيلاً وأخذ خمسين محمولة عن مائة سمراء؛ فأجاز ذلك ابن القاسم مرة؛ لأن المحمولة أدنى صفةً[٤]، ومنعه أخرى[٥]؛ لإمكان أن يرغب فيها في بعض الأوقات، وبالأول قال أشهب[٦]، وإن أخذ خمسين محمولة عن خمسين سمراء، ثم حط الباقي جاز.

ولا يجوز أن يأخذ عن مائة محمولة خمسين سمراء، وذلك ربا، ترك فضل

---

(١) قوله: (أو) في (ت): (و).

(٢) قوله: (ولا) في (ت): (و).

(٣) قوله: (يجوز أن) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٤.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٤١. نص المدونة: (قال: ومما يبين لك ذلك أن الرجل إذا أسلف مائة إردب سمراء فأخذ بها خمسين إردبا محمولة أنه لا خير فيه...).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦٦، ونصه: (وأجازه أشهب في القرض ما لم يكن أنقى من السمراء).

كيل المحمولة لموضع جودة السمراء، فإن أخذ خمسين سمراء عن خمسين محمولة ثم حط الخمسين الباقية من المحمولة جاز على مغمز فيه.

قال في كتاب السلم الثالث: أرجو أن لا يكون به بأس؛ لأني أخاف أن يكونا عملا على ذلك من الأول، فأخذ خمسين سمراء عن مائة محمولة وأظهرا[(١)] أنها خمسون عن خمسين ثم حط الباقي[(٢)].

وأجاز أن يأخذ عن مائة إردب حنطة مائة إردب شعيراً، وسواء كانت الحنطة من بيع أو قرض. وقال فيمن أخذ مائة إردب دقيقاً عن مائة إردب حنطة: لا بأس به من قرض، ولا خير فيه من بيع[(٣)].

فمنع ذلك في البيع مراعاة لقول من قال: إن الطحين صنعة، فيدخله بيع الطعام قبل قبضه، ويلزم على قوله أن لا يأخذ شعيراً، بل هو أولى بالمنع، لقوة الخلاف فيه، وأما القمح والشعير صنفان يجوز التفاضل بينهما.

وإن أسلم في تمر فلا بأس أن يأخذ بعد محل الأجل تمراً مثل كيله وإن اختلفت الجودة، وأن يأخذ مثله في الجودة وإن اختلف في الكيل والجودة وكان أحدهما أكثر كيلاً وأجود؛ جاز، وإن كان أجود وأقل كيلاً أو أدنى وأكثر كيلاً؛ لم يجز.

وعلى هذا يجري الجواب في اللحم إذا أحب أن يأخذ لحماً غير ما أسلم فيه.

تم السلم الأول، بحمد الله وعونه

---

(١) في (ت): (وأظهر).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٤.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٨٣.





كتاب السلم الثاني

النسخ المقابل عليها

1 - (ب)= نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 - (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤&٢٤٣)

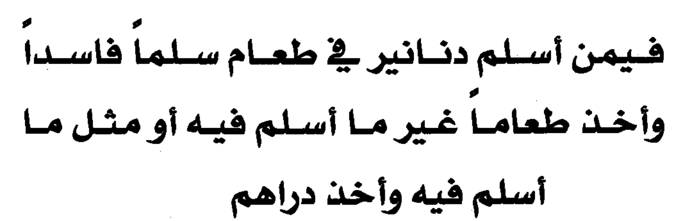
3 -(ق٤)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)

4 - (ث) = نسخة سيدنا عثمان رقم (١٧٢)



بسم الله الرّحمن الرّحيم
وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليماً.

كتاب السلم الثاني

باب
فيمن أسلم دنانير في طعام سلماً فاسداً وأخذ طعاماً غير ما أسلم فيه أو مثل ما أسلم فيه وأخذ دراهم



وقال ابن القاسم فيمن أسلم في حنطة سلماً فاسداً: أن له أن يأخذ برأس ماله تمراً أو طعاماً غير الحنطة إذا قبض ذلك ولم يؤخره، وأن يأخذ بعض رأس ماله ويحط بعضاً، ويجوز أن يؤخره برأس ماله[1].

وقال محمد: ولا خير أن يرتجع إلا ما يَصْلُح[2] أن يسلم[3]/ رأس ماله فيه إلى أجل إذا لم يكن من النوع الذي فسخ عنه[4]. (ب ٣٥٩/ب)

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٦، والنوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣.

(٢) قوله: (إلا ما يَصْلُح) يقابله في (ت): (إلى ما يصح).

(٣) في (ق ٤): (يسلف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣، ولفظه: (قال محمد: وليس بالقياس، وكل ما فات في البيع الفاسد مما يرد مثله أو قيمته، فلا بأس أن يأخذ بذلك صنفًا آخر مما يصلح أن يسلم فيه رأس المال وما اشتراه به. وإن كان طعاماً فله أن يأخذ برأس ماله ما شاء مما يصلح أن يقدم فيه رأس ماله إذا لم يكن من النوع الذي فسخ عنه).

قال أشهب: وذلك فيما كان من السَّلَم[١] الحرام، فأما المكروه الذي لعله أن يجاز؛ فلا يصلح حتى يفسخه السلطان أو يتفاسخانه ويشهدان على ذلك[٢].

وقال محمد: كل[٣] ما كان فيه اختلاف، لم يجز إلا بعد حكومة السلطان[٤].

قال الشيخ رحمه الله: الذي له السلم فيما يأخذه على ثلاثة أوجه:

فإما أن يأخذ غير الصنف الذي أسلم فيه، أو ما أسلم فيه، أو ما لا يجوز له أن يسلم رأس ماله فيه، مثل: أن يسلم ذهباً فيأخذ ورِقاً، أو يسلم طعاماً في عرض فيأخذ طعاماً[٥] من غير جنسه.

فأجاز ابن القاسم إذا أسلم في طعام[٦] أن يأخذ طعاماً غير الحنطة نقْداً، وأن يأخذ بعض رأس ماله، وأن يؤخره بالجميع[٧]، ولم يفرّق بين أن يكون ذلك مجمعاً على فساده أو مختلفاً فيه، وهذا جواب من قلد مذهب نفسه، ولم يراع الخلاف.

وأما إن كان فاسداً عنده وجائزاً عند المخالف؛ فإنهما يؤمران بردِّ رأس المال نقْداً ولا يؤخرانه، ولا يأخذ طعاماً ولا غيره؛ مراعاة لقول من ذهب إلى

---

(١) في (ق٤) و(ت): (السلف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣.

(٣) قوله: (كل) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣.

(٥) قوله: (فيأخذ طعاماً) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (إذا أسلم في طعام) ساقط من (ت).

(٧) انظر: المدونة: ٣/ ٨٦

أنه صحيح.

فإن لم يفعلا وأخذ طعاماً غير الصنف المُسْلَم فيه، أو أخذ عَرْضاً أو بعض رأس ماله، أو أخره[١] به؛ فإنه يمضي ولا يرد، ولا يصلح[٢] أن يفسخه وهو عنده فاسد فينتقض مذهبه ليردهما إلى مذهب غيره.

ومنع **محمد** أن يأخذ النوع المسلم فيه[٣]؛ خيفة أن يكونا لم ينتقلا عن ذلك العقد الأول، وأن يكونا فعلا ذلك تتمة لما كانا عليه، وسواء في هذا القسم كان الأول مجمعاً على تحريمه أو مختلفاً فيه، وأجازه **ابن حبيب**.

ومنع[٤] **محمد** أيضاً إذا كان رأس المال ذهباً أن يأخذ ورِقاً[٥]، وأجازه **مالك** في كتاب **محمد**، وقال في من أعطى صاحب مائة دينار في رطب أو عنب فنفد[٦] ذلك وذهب زمانه: فلا بأس أن يأخذ بما بقي من ديناره ورِقاً قبل أن يفارقه[٧].

وذكر **ابن نافع** عن **مالك** في **الحاوي** مثل ذلك، فقال في من أسلم ذهباً في عرض: فلا بأس أن يأخذ عند محل الأجل ورِقاً.

---

(١) في (ت): (أخذه).

(٢) في (ق ٤): (ولا يصح).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣.

(٤) في (ت): (فمنعه).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧٣

(٦) في (ب) و(ت): (فنقد).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠، وعبارته (قال مالك: وإن أسلم في عنب، فانقطع، فأراد أن يأخذ شتويًا، فلا يصلح إلا أن يأخذ جملة قبل أن يفارقه).

قال الشيخ: أما ما كان السلم فيه صحيحاً ثم تعمد[١] إلى مثل ذلك، فيأخذ ورِقاً عن ذهب فليس بحسن، ولا بأس به في البيع الفاسد، ولا يتهم أحد على أن يعقدا على سَلَمٍ فاسد فيعثر عليهما فيه ليفسخ[٢] ويرجعا فيه إلى صرف مستأخر.

وأما ما ذهب إليه في منع أخذ المثل؛ فإنه لا يصح أن يكونا متممين للعقد الأول إلا أن يأخذ مثل المُسْلَم فيه سواء في الجودة والكيل بعد محل الأجل.

فإن اختلفت الصفة فأخذ أجود أو أدنى أو أكثر كيلاً أو أقل جاز؛ لأن كل ذلك ليس بتتمة للعقد الأول.

ولو وجب أن يمنع[٣] من مثل ذلك، لمنع من اشترى[٤] سلعة شراء فاسداً[٥] أن يشتريها منه أبداً، أو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ففسخ أن يتزوجها بعد ذلك، وفي فسخ ذلك بيان لفساد القول بمنع ذلك[٦].

وأجاز **مالك وابن القاسم وأشهب** في كتاب **محمد** أن يأخذ مثل الأول سواء، فقال **مالك** في من سلف[٧] في طعام فأقال منه ولم يأخذ الثمن أياماً: فليرجع إلى الطعام إلا أن يقيله منه مرة أخرى[٨].

---

(١) في (ب): (تعمدان).

(٢) في (ب): (فيفسخ).

(٣) قوله: (أن يمنع) يقابله في (ق ٤): (المنع).

(٤) في (ب): (اشتراء).

(٥) قوله: (فاسداً) يقابله في (ب): (فاسداً من رجل).

(٦) قوله: (بيان لفساد القول بمنع ذلك) يقابله في (ق٤): (بيان وإفساد لقول من منع ذلك).

(٧) في (ب): (أسلم).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥١.

فأفسد الإقالة الأولى لموضع التأخير، ولم ير أن الإقالة الثانية تتمة للأولى.

وقال ابن القاسم في من أخذ مائة دينار قراضاً على أن يوصل مائة أخرى إلى بلد، لم يجز، فإن نزل كان أجيراً في المائتين إلا أن يسوغه[1] الربح الذي دخل عليه[2].

وقال أشهب في من صرف دراهم بدنانير فافترقا ثم وجد الدراهم تنقص: انتقض الصرف، ثم ليصرفها منه إن شاء، قال: فإن صرفها منه قبل أن يقبض الدنانير فلا بأس به[3].

فصل

[فيمن باع دارًا واشترط على مشتريها النفقة عليه حياته]

وقال مالك في من باع داراً على أن ينفق المشتري على البائع حياته: يرد البيع إذا كان قائماً والغلة للمشتري، وإن كان فائتاً كانت فيه القيمة، قال: ويرجع المشتري بقيمة ما أنفق[4]، يريد: أنه كان يطعمه أو يعطيه ذلك مصنوعاً، أو يكون مما لا يتحصل فيه المثل؛ لأن الإدام في الأيام يختلف، ولو كان يعطيه ثمن ذلك دراهم لرجع بمثلها.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، وفي النوادر والزيادات: (يسوفه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٢٥٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٤، وعبارته: (قال أشهب: إذا وجد في الدراهم نقصا أو رديئا فردها ثم صارف بها مكانه بعد أن أخذ دنانيره، فذلك جائز ما لم يكن فيه وأي، ولو رد الدراهم، ثم صارفه ولم يقبض منه الدنانير، فلا بأس بذلك).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٨٦.

وكذلك إن أعطاه مكيلة، فإنه يرجع بمثلها، وسواء كان يدفع ذلك من طعامه أو يشتريه له؛ لأن البائع باع على أن نفقته في ذمة المشتري، فإن كان في النفقة سرف لم يرجع به؛ لأنَّ البائع لم يصوّن به ماله، وقد كان في مندوحة منه، ففارق بذلك من أثاب من صدقة.

وقال **أشهب** في من باع على أن ينفق المشتري على البائع حياته: البيع جائز[(١)].

وهذا منافٍ للأصول، وقد يحمل قوله على مثل ما يقع من الأبوين أنه يعطي لولده الدار المثمنة[(٢)] لينفق عليه حياته، وأن القصد بذلك مكارمة ولده، ويرى أن نفقته فيما بقي من عمره لا يبلغ إلا بعض ثمنها، وقد يفعل ذلك القريب والصديق./ (ب) ٣٦٠/أ

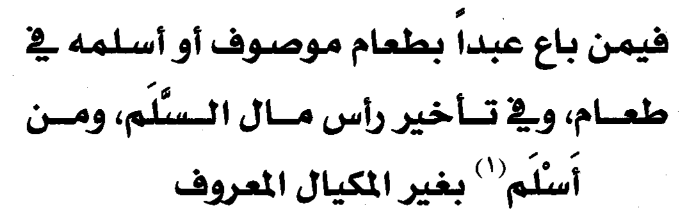
---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٥٨، وعبارته (قال أشهب: ومن دفع داره إلى رجل على أن ينفق عليه حياته، فلا أحب ذلك، ولا أفسخه إن وقع).

(٢) في (ق ٤): (الثمينة).

باب





فيمن باع عبداً بطعام موصوف أو أسلمه في طعام، وفي تأخير رأس مال السَّلَم، ومن أَسْلَم[١] بغير المكيال المعروف

وقال ابن القاسم في من اشترى دابة أو بعيراً بطعام موصوف ولم يضرب أجلاً: أنه حرام[٢].

قال الشيخ رَحِمَهُ الله: أما إذا قال: أشتري منك هذه الدابة أو أبيعها منك بطعام على صفة كذا؛ فهو جائز، وهو بخلاف قوله: أسلمها إليك، فإنه فاسد؛ لأن محمول السَّلَم على الأجل.

وإذا قال: أبيعكها ولم يقل: أسلم، كان على الأصل في البياعات أنها على النقود، فيقبض البعير ويسلم الثمن نقْداً، إلا على قول[٣] من منع أن يكون الموصوف على الحلول.

وقال مالك في من أسلم مائة دينار في مائة إردب طعاماً فنقد خمسين وأجَّلَه بخمسين: إن جميع السَّلَم فاسد[٤].

وقال ابن القاسم في من أسلم في طعام ولم يضرب لرأس المال أجلاً،

---

(١) في (ب): (اشترى).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٨٧.

(٣) قوله: (قول) ساقط من (ت) و(ب).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٨٧، وعبارته (قلت: أرأيت إن أسلمت إلى رجل في مائة إردب تمر مائة دينار خمسين أعطيتها إياه وخمسين أجلني بها؟ قال: وقال مالك: لا يجوز هذا وينتقض جميع السلم).

فافترقا قبل أن يقبض رأس المال، قال: هذا حرام إلا أن يكون على النقد[١].

وقال مالك: لا بأس بذلك وإن افترقا قبل أن يقبض رأس المال إذا قبضه بعد يوم أو يومين أو نحو ذلك[٢].

قال الشيخ رحمه الله: يراعى في السَّلَم أربعة: رأس المال، والمُسْلَم فيه، والأجل، والموضع الذي يقبض فيه:

فأما رأس المال فمن شرطه أن يكون معجلاً إذا كان مضموناً، وإن كان معيناً لم يضر تأخيره.

وأما المُسْلَم فيه، فمن شرطه أن يكون مؤجلاً، واختلف إذا كان حالاً.

وأن يكون معلوم الصفة[٣]، معلوم القدر، لا يتعذر الوفاء به عند محل الأجل، معلوم الأجل إذا كان مؤجلاً، معلوم الموضع الذي يقبض فيه.

فصل

[في أحكام رأس مال السَّلَم المضمون]

نفوذ[٤] رأس المال المُسْلَم على وجهين[٥]: مضمون، ومعين.

فإن كان مضموناً أُمر أن يكون النقد حين العقد؛ ليخرجا من الخلاف، فإن نَقَد بعد يوم أو يومين بغير شرط لم يفسد.

واختلف إذا تأخر المدة البعيدة، أو حتى حلَّ الأجل وذلك في

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٧.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٨٧.

(٣) قوله: (معلوم الصفة) ساقط من (ب).

(٤) زيادة من (ت).

(٥) في (ت): (نقود رأس المال على وجهين)، وفي (ب): (رأس المال على وجهين).

الكتاب الثالث[١].

وإن تأخر المدة البعيدة أو حتى حلَّ الأجل بشرط، فإن شرط[٢] فسد السَّلَم.

واختلف إن شرط التأخير المدة اليسيرة، كاليوم واليومين، أو اشترط تأخير الشيء اليسير من رأس المال المدة البعيدة، هل يصح السَّلَم، أو يفسد جميعه، أو يفسد منه بقدر ما تأخر؟.

وإن شرط تأخير ما له قدر فسد من السَّلَم بقدر ما تأخر.

ويختلف هل يصح قدر ما نقد منه؟

فأجاز **مالك وابن القاسم** تأخير جميع رأس المال بشرط اليومين والثلاثة[٣].

وحكى **ابن سحنون** وغيره من **البغداديين** أن ذلك فاسد؛ للحديث أنه ﷺ: «نَهَى عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ»[٤]، فإذا افترقا على أن الذمتين عامرتان يقضى أحدهما إلى أَمَدٍ قليل والآخر إلى أَمَدٍ كثير كان الكالئ بالكالئ.

وأجيز في القول الآخر؛ لأن[٥] التأخير اليسير في جنب[٦] الكثير في معنى

---

(١) سيأتي، ص: ٣٠٥٦.

(٢) قوله: (فإن شرط) ساقط من (ق٤، ث).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٨١، ٢٢٩، وعبارته (أجيز له أن يؤخر رأس مال السلف يوما أو يومين أو ثلاثة أو نحو ذلك في قول مالك).

(٤) صحيح، أخرجه الحاكم في المستدرك، ٢/ ٦٥، في كتاب البيوع، برقم (٢٣٤٢)، والدارقطني، في سننه: ٣/ ٧١، في كتاب البيوع، برقم (٢٦٩)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وفي إسناده موسى بن عبيدة الرندي وهو ضعيف.

(٥) في (ت): (أن).

(٦) في (ت): (حيز).

النقد، ولو كان أجل السَّلَم اليومين والثلاثة على القول بإجازة ذلك لم يجز أن يتأخر رأس المال[١] ذلك القدر وكان دَيْناً بدَيْن.

وأجاز **مالك** في كتاب **محمد** في الكراء المضمون إذا نقد الثلثين وتأخر الثلث[٢].

فيجوز على هذا مثل ذلك في السَّلَم.

وأجاز **أشهب** في كتاب **محمد** إذا تأخر الشيء اليسير بشرط[٣].

وكل هذا عند **ابن القاسم** فاسد، ينقض جميعه[٤]؛ لأنه يرى أن الأتباع مراعاة في نفسها، **والقياس** بعد تسليم القول أن الأتباع مراعاة في نفسها ألا يبطل إلا القدر الذي تأخر، وأما إذا تأخر الشيء الكثير النصف ونحوه؛ فسدت جميع الصفقة، وهذا هو **المعروف من المذهب**.

وحكى **ابن القصار** قولاً آخر أنه يمضي ما تناجزا فيه.

ويجري فيها قول ثالث: أنه إن سَمَّيَا لكل قفيز ثمناً صح ما تناجزا فيه، وإن لم يُسمِّ فسد الجميع، ذكره **أبو محمد عبد الوهاب**، وحكى ابن القصار قولاً آخر[٥] في الصرف إذا سَمَّيَا لكل دينار ثمناً صح ما تناجزا فيه، وقد تقدم ذلك في كتاب الصرف[٦].

---

(١) في (ق ٤): (رأس مال السلم).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٩٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٨، ونص النوارد: (... فأما السلم فأكرهه، ولا أفسخه، وأضرب له أجلاً قدر مسيرة، وأجازه أشهب بدءًا).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٨.

(٥) قوله: (وحكى ابن القصار قولاً آخر) زيادة من (ت).

(٦) انظر: المعونة: ٢/ ٥٢.

وأرى أن يفسد ما لم ينقده وحده؛ لأنا نعلم إنما هذه صفقة لم ينعقد أحدهما بسبب الآخر.

فصل

[في أحكام رأس مال السلم المعين]

ويجوز تأخير رأس المال السَّلَم[1] إذا كان معيناً، ولا يدخله الدَّيْن بالدَّيْن.

وقال **ابن القاسم** في **كتاب بيع الغرر**: إنما الدَّيْن بالدَّيْن في المضمونين، قال: وإن كان أحدهما بعينه في موضع غائب لا يصلح النقد فيه، والآخر مضموناً إلى أجل - جاز، ولا يصلح النقد فيه بشرط حتى يقبض الغائب[2].

يريد إذا حل السَّلَم أو الدَّيْن إذا كان عيناً[3] قبل قبض السلعة الغائبة أخرج من الذمة ووقف حتى يقبض الغائب إلا أن يتطوع بتعجيله، ولا يجوز بشرط قبض السَّلَم متى حلَّ قبل قبض الغائب.

وقال **مالك** في من أسلم عبْداً بعينه فتأخر قبضه شهراً بغير شرط: لا بأس به، وكره ذلك إذا كان ثوباً أو طعاماً بعينه، فتأخر بغير شرط، قال **ابن القاسم**: ولا يفسخ لذلك السَّلَم[4].

فأجيز في العبد؛ لأنه مما لا يغاب عليه، والقول قوله في ضياعه، وكرهه في الثوب والطعام؛ لأنه مما يغاب عليه.

ولو ادعى ضياعه بعد ذلك لم يصدق، وهو في الطعام أثقل؛ لأنه لا يعرف

---

(١) قوله: (السَّلَم) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٢٦٣

(٣) في (ب): (غائباً).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٨٨.

(ب) ٣٦٠/ب

عينه بعد الغيبة عليه، ولم يؤدِّ[1]/ ذلك إلى فساد؛ لأنه لو خالفه فيه المشتري بعد الفراق، فقال: ليس هو الذي اشتريت منك - كان القول قول البائع أنه هو، وإنما كره الثوب والطعام خيفة أن يكونا عَمِلا على ذلك، فيكون معيناً يُقْبَض إلى أجل، وليس خوف الدَّيْن بالدَّيْن؛ لأنهما معينان، وهذا على القول أن المصيبة مع قيام البينة من المشتري، فيفترق الجواب بين العبد وغيره.

وأما على القول إن المصيبة من البائع؛ فيكره في العبد، كما يكره في الثوب، ومحمل كلام **مالك** على أن بقاء ذلك كان للإشهاد أو ما أشبه.

ولو مكن البائعُ المشتري من العبد والثوب والطعام بعد كيله، لم تكن في ذلك كراهية؛ لأنه وديعة، فإذا كان الطعام محبوساً قبل كيله فتغير طعم الزيت، أو تسوس القمح، كان للمشتري أن يَرُدَّ إلا أن يكون التراخي عن قبضه بتعمد من المشتري، فلا يكون له رد؛ لأنه سبب ذلك.

فصل

[في السَّلَم في الطعام بمكيال غير معروف]

وقال **مالك** في من أسلم في طعام بمكيال غير معروف أو بقصعة، أو بقدح: لم يجز ذلك[2]، قال: وإنما يجوز ذلك لمن يشتري من الأعراب حيث ليس ثَمَّ مكيال معروف، مثل: التبن والخَبَط[3].

يريد: إنما يباع الطعام من الأعراب بالقصعة؛ لعدم المكيال، مثل: العادة

(١) في (ق ٤): (ولا يؤدي).

(٢) قوله: (ذلك) ساقط من (ت) و(ب).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٨٩. والخَبَطُ: كُلُّ وَرَقٍ مَخْبوطٍ بالعَصا. انظر: تاج العروس، للزبيدي، انظر: ١٩/ ٢٣٢.

في التبن والخَبَط في الحاضرة.

وقال أشهب: يكره، فإن نزل مضى ولم يفسخ[(١)].

فعلى قوله إن عقد سَلَمًا على مثل ذلك المكيال[(٢)] أخذ ذلك المكيال فكيل بالمكيال المعروف وكتب في وثيقة الدَّيْن المكيال المعروف؛ لئلا تضيع تلك القصعة، فلا يعرفان إلى ما يرجعان إليه.

وقول مالك أحسن؛ لأنَّ عدولهم في الحاضرة عن المكيال المعروف قصْد للغرر، وجاز ذلك في البادية للضرورة، وهذا في الطارئ عليهم، وأما فيما بينهم فهو المكيال المعروف بينهم، ولو كان مع الطارئ مكيال من الحاضرة، لم يجز أن يبايعوه به؛ لأنهم لا يعلمون قدره من المكيال المعتاد عندهم إلا أن يُعَيِّروه بالذي عندهم، فيعلمون قدره، وكذلك البادي يقدم الحاضرة، فيجوز أن يبيع بمكيال الحاضرة، وإن كان لا يعلم قدره من مكيالهم، ولو قدم بمكيال، لم يجز للحضري أن يبيعه به؛ لأنَّ الحضري لا يدري قدره من مكياله، ولا ضرورة بالحضري إلى ذلك.

فصل

[في شروط المسلم فيه

واختلاف المسلم والمسلم إليه في قدر السّلم]

فأما المُسْلَمُ فيه، فمن شرطه أربعة: أن يكون مضموناً غير معين، معلوم الصفة، معلوم القدر، لا يتعذر وجوده عند حلول الأجل.

ولا يجوز أن يكون معيناً إلى أجل[(٣)]؛ لأنه يزيد في الثمن لمكان الضمان، إلا

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٨٩.

(٢) قوله: (المكيال) زيادة من (ب).

(٣) قوله: (إلى أجل) ساقط من (ت) و(ب).

أن يكون المعين ثمرة تؤخر لتنضج، أو صوفاً ليتغسل، أو غائباً مضموناً.

وقد تقدم في الكتاب الأول ذكر الصفة في الطعام والثياب، وهل يُسْلِمُ في ثياب الحرير بوزن[1].

وقال: لا يجوز سَلَمُ الدنانير والدراهم جزافاً، إذا[2] كانت العادة بيعها عدداً[3]، فإن نزل فسخ، وإن اختلفا بعد الفسخ في المقبوض، فقال القابض: وجدت فيه مائة، وقال الدافع[4]: كان مائتين أو قدر ذلك ولم أزنه، كان القول قول المُسْلَمِ إليه إذا أتى بما يشبه، وإلا كان القول قول المُسْلِم[5] إذا أتى بما يشبه، فإن أتيا جميعاً بما لا يشبه رُدَّ إلى الوسط مما يشبه.

وإن اختلفا في الكيل والثمن، فقال: أسلمت إليَّ في عشرة، ووجدت في الثمن مائة، وقال الآخر: في عشرين وكان الثمن أربعمائة، كان القول قول المُسْلَم إليه أنه كان في عشرة، ثم ينظر، هل أتى فيها بما يشبه؟ فإن أتى فيها بما يشبه حلف يميناً واحدة أن السَّلَم لم يكن إلا مائة في عشرة، وإن نكل حلف الآخر أنه كان أربع مائة في عشرين وأخذ ما حلف عليه، وإن أتى المُسْلَم إليه بما لا يشبه كان بالخيار، فإن أحب حلف أنه لم يكن السَّلَم إلا في عشرة، ولا يذكر الثمن؛[6]، وحلف الآخر أن الثمن كان في العشرة مائتين، وقبض مائتين، فإذا نكل؛ حلف المُسْلَم إليه يميناً ثانية أن الثمن كان مائة وغرمها.

---

(١) انظر: كتاب السلم الأول، ص: ٢٩١٤.

(٢) في (ت): (وإذا).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٨٩.

(٤) في (ت): (البائع).

(٥) قوله: (المُسْلَمِ إليه إذا أتى... كان القول قول المُسْلِم) ساقط من (ب).

(٦) زاد بعده في (ب): (لأن ذلك لا يفيده، فإن نكل غرم أربعمائة)

وإن أحب حلف أنه لم يسلم إليه إلا مائة في عشرة، فإن نكل بعد ذلك المُسْلَم إليه عن المائتين غرم هذا مائة باليمين التي تقدمت، وكذلك لو بدأ باليمين المسلم، كان بالخيار بين أن يحلف أنه أسلم مائتين في عشرة، فإن نكل حلف الآخر أنه لم يسلم إلا مائة في عشرة، وإن أحبَّ المسلم أن يحلف أنه أَسْلَم أربعمائة في عشرين وأخذ مائتين، وحلف المُسْلَم إليه أنه لم يُسْلِم إليه إلا في عشرة ولا يذكر ثمنها؛ لأن ذلك لا يفيده شيئاً، فإن نكل غرم أربعمائة.

وإن اختلفا في من يبدأ باليمين اقترعا؛ لأن كل واحد منهما يحب أن يؤخر يمينه لينظر هل ينكل صاحبه، فيحلف يميناً واحدة على الفصلين.

فصل

[في مكان القبض في المُسْلَم فيه]

ومن أَسْلَمَ في طعام أو غيره ولم يسميا موضع القبض؛ قُبِضَ في البلد الذي وقع فيه السَّلَم.

قال **ابن القاسم**: يقبض في سوقه، وإن لم تكن له[(١)] سوق فحيث ما أعطاه لزم[(٢)].

وقال **سحنون**: إن لم تكن له[(٣)] سوق وفَّاه ذلك بداره[(٤)].

وهذا يحسن اليوم إذا كانا حضريين، وإن أسلم حضري إلى بدوي كان القضاء في قرية المسلم إليه هذه العادة اليوم، إلا أن يشترط المُسْلِمُ أنه موصل،

(١) في (ق٤) و(ث): (فيه).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٩٠.

(٣) قوله: (له) ساقط من (ق ٤).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٧.

(ب ١/٣٦١) فإنه يوصله إلى/ دار المُسْلِم، وهذا إذا اتفقا أنه لم يكن بينهما شرط.

واختلف؛ إذا اختلفا في الموضع الذي شرط القبض فيه:

فقال **ابن القاسم**: القول قول من ادَّعى القضاء في موضع عقد فيه السَّلَم، وإن لم يدعه واحد منهما كان القول قول المُسْلَم إليه إذا أتى بما يشبه، وإن أتى بما لا يشبه كان القول قول المُسْلِم إن أتى بما يشبه، فإن تباعدت المواضع ولم يأتيا بما يشبه تحالفا وتفاسخا[1].

وخالف **سحنون** في القول[2] الأول، وقال: القول قول المُسْلَم إليه وإن ادَّعى الآخر أنه شرط القبض حيث وقع السَّلَم.

وخالف **أبو الفرج** في الوجه الآخر وقال: إن لم يدع واحد منهما موضع دفع الدراهم تحالفا وتفاسخا.

وأرى إن كانا من بلد واحد أن القول قول من ادَّعى موضعاً انعقد فيه السَّلَم، وإن كان حضريّاً وبدويّاً كان القول قول البدوي إذا ادَّعى شرط القضاء بقريته؛ لأنَّ الاختلاف في ذلك إنما هو لمكان ما يتكلف من الكراء في نقله، فكان القول قول الغارم، وإن لم يدع أحد موضع السَّلَم، وكان المعنى في اختلافهما في القريتين لمكان ما يتكلف من الأجرة على نقله من القرب والبعد، كان القول قول البائع، وإن اختلفا في ناحيتين، ليس الشأن أن ينقل أحد[3] منهما إلى المدينة تحالفا وتفاسخا.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٤٧، والنوادر والزيادات: ٦/ ٤٢١.

(٢) في (ق٤): (الوجه).

(٣) قوله: (أحد) ساقط من (ق ٤).

فصل

[في تسليم المُسْلَم فيه
في غير البلد المتفق عليه]

وإن لقي المُسْلِم المُسْلَم إليه في غير البلد، فأراد أن يأخذ مثل طعامه وكراء حمله؛ لم يجز، ويدخله التفاضل والنساء، وبيع الطعام قبل قبضه، فإن فعلا رَدَّ ما قبض، وقبض سلمه في بلده.

قال محمد: ولو لم يزده شيئاً إلا أنه سأله أن يقبضه طعامه بغير البلد على[1] أن يقدمه أو يؤخره عن وقته؛ لم يكن فيه[2] خير[3].

وقال سحنون[4]: ...[5] ولأشهب عند محمد: ما يؤخذ منه إذا كان سعر البلدين سواء، أو هو في البلد الذي لقيه فيه أرخص يجبر المُسْلَم إليه على القضاء في البلد الذي لقيه فيه[6].

فصل

[في قول البائع أو المسلم إليه: إنه اكتال طعاما
بعينه هل يصدقه المشتري أو المسلم]

وقال مالك في من اشترى أقفزة من طعام بعينه ثم أخبره البائع أنه اكتالها،

(١) في (ت): (أو على).

(٢) قوله: (فيه) يقابله في (ب): (قال: وفيه نظر).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٣٣.

(٤) قوله: (وقال سحنون) زيادة من (ق٤) و(ث) و(ت).

(٥) إحالة في (ق٤) غير واضحة. ونقل ابن أبي زيد في النوادر: ٦/ ١٣٣: (قال ابن عبدوس: وقال سحنون: ذلك جائز إن كان مثل الصفة، حل الأجل أو لم يحل).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٣٣.

أو أسلمها في طعام، فأراد أن يقبض ذلك على تصديق البائع أو المُسْلَم إليه: فلا بأس به[(١)].

ومنع في كتاب **محمد** أن يأخذ من غريمه طعاماً على تصديق الغريم، وكذلك إن حضر كيله، فلا يأخذه على تصديقه بكيله ذلك[(٢)].

ولا أرى اليوم أن يقبض أحد طعاماً على تصديق البائع لفساد الناس وقلة أمانتهم، ولأن ذلك يؤدي إلى التنازع والأيمان، وهو في السَّلَم أبين؛ لأنَّ الغالب أنه لا يوفي الكيل، وقد أمر الله سبحانه في المداينة إلى أجل بالإشهاد لدفع التنازع والأيمان، إلا أن يكون الدافع من أهل الدِّين والفضل، أو يكون حضر كيله ولم يغب عنه.

وكره **مالك** أن يشتري الرجل الطعام بثمن إلى أجل على تصديق البائع أو يستقرضه للغرر[(٣)]؛ لأنَّ المشتري إذا لم يكن معه ثمن فاطلع على نقص يغتفره ولا يقوم به، ويخشى إن قام به أن يسترده منه وهو محتاج إليه، أو يؤدي ذلك إلى المفاسدة بالخصومة فيسيء اقتضاءه، ويدخل القرض مثل ذلك.

فصل

[فيمن اشترى طعاماً أو أسلم على التصديق فوجده ناقصاً]

وإذا قبض السَّلَم[(٤)]، أو ما يبيع بعينه على النقد على تصديق الدافع[(٥)]، ثم

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٩٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨٠.

(٤) في (ب): (المسلم).

(٥) في (ت): (البائع).

قال: وجدته ناقصاً؛ لم يقبل قوله، وحلف الدافع وبرئ، فإن نكل عن اليمين حلف القابض ورجع ببقية كيله إن كان سَلَماً، أو بعض صُبْرَة[1].

وإن كان المبيع جميع الصبرة رجع بالباقي ثمناً إلا أن تشهد بينة حضرت كيل البائع له، وأنه كان على ما قاله المشتري، أو كانت معه حتى كاله فلا يحلف.

وإن قدم عليه طعام[2] من بلد فباعه على ما كتب إليه فيه، ثم قال القابض: وجدته دون ذلك، فإن كان بيَّن له ذلك حلف أنه صدق فيما كتب إليه فيه وأنه لم يمسك منه شيئاً وبرئ، فإن نكل حلف الآخر على ما يقول أنه أصاب فيه ورجع بالباقي ثمناً، وإن لم يبين كان القول قول القابض؛ لأنه لم يرض أمانة الباعث.

وقال في من له طعام على رجل، فقال له بعد محل الأجل: كله في غرائري[3] وأتركه عندك: لا يعجبني[4].

وقال **ابن القاسم**: فإن كاله ببينة أو صدقه على كيله صُدق في ضياعه، وإلا لم يقبل قوله، فلم تبرأ ذمة المسلم إليه بقوله: إنه كاله؛ لأن الأمانة لا تصح فيه إلا بعد ثبات خروجه من ذمته[5].

وقال **ابن القاسم في العتبية** في من كان له على رجل دَيْنٌ فأمره أن يشتري

---

(١) الصُّبْرَة: ما جُمِع من الطعام بلا كَيْل ولا وَزْن بعضه فوق بعض. انظر: لسان العرب، لابن منظور: ٤/ ٤٣٧.

(٢) في (ب): (بطعام).

(٣) في (ت) و(ق٤): (غرائره).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٩١.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٩١.

له به سلعة، فقال: اشتريتها وضاعت - أن القول قوله[١].

وفرق بين السؤالين أن هذا أمين على الشراء، والأمانة على الشراء تصح قبل إخراج ما في الذمة، فكان القول قوله: أنه اشترى، وإذا اشترى صُدِّق على إخراج ما في الذمة، ولم يحمل عليه أنه ظلم البائع وهرب له بالثمن، ومسألة السَّلَم إنما تصح الأمانة بعد إخراج ما في الذمة.

وقال **مالك**: ولا تطلب غريمك أن يكتال[٢] طعامك ويبيعه لك، فإن فعل وأشهد على كيله وعزله؛ فجائز، وإن كان أمره ببيعه؛ فلا أحبه، فإن نزل لم أفسخه[٣].

(ب ٣٦١/ب)

وقال **أشهب**: وإن قال: وَكِّلْ فلاناً على قبضه منك، فإذا قبضه/ فبعه أنت، فهذا أخفه وتركه أحب إليَّ، فإن قال: وكلت أنا فلاناً فأعلمه، فإذا قبضه فأمره ببيعه أو بعه أنت، فذلك جائز، وإن لم يكن على ذلك إشهاد، قال **محمد**: يريد في القبض والبيع، والإشهاد أحب إلينا[٤].

وكل هذا ماض إذا أشهد على إخراجه من الذمة، وإن لم يشهد وكان هو المتولي للبيع وأتى بأكثر من الثمن؛ لم يجز.

واختلف إذا أتى بمثل رأس المال فأقل: فمنعه **ابن القاسم**، واتهمها على بيع الطعام قبل قبضه.

وأجازه **أشهب**[٥].

---

(١) انظر البيان والتحصيل: ٨/ ١٨٠، والنوادر والزيادات: ٧/ ٢٢٠.

(٢) قوله: (يكتال) يقابله في (ت): (يكيل).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١.

باب



في الاختلاف في السَّلَم وغيره من بيوع الآجال والنقد



الاختلاف في السَّلَم على ثمانية أوجه:

في الكيل، وفي الجودة، وفي الصنفين هل هو قمح أو شعير، وفي الجنسين، هل هو قمح أو تمر، وفي المكيلة التي يقبض بها، وفي الأجل[١]، وفي الموضع الذي يقبض فيه، وفي الصحة والفساد، وفي الثمن، يقول: أسلمت هذا الثوب إليك[٢]، ويقول الآخر: هذا الثوب والعبد.

فقال **مالك**: إذا اختلفا في الكيل[٣]، فقال: أسلمت إليك في عشرة، وقال[٤] الآخر: في خمسة، كان القول قول المُسْلَم إليه أنه في خمسة، فإن أتى بما لا يشبه، كان القول قول المُسْلَم أنه في عشرة ويأخذها[٥]؛ لأنهما اتفقا أنها صفة[٦] واحدة في الذمة. بخلاف اللذين اختلفا في الكراء، فقال المكري: إلى برقة، وأتى بما لا يشبه، وقال الآخر: إلى إفريقية، وأتى بما يشبه، وبلغا برقة أنهما يتحالفان ويتفاسخان فيما لم يقر ببيعه[٧]؛ لأن اختلافهما في العبد في[٨] سلعة معينة، فأشبه

(١) قوله: (وفي الأجل) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (إليك) ساقط من (ق ٤) و(ت).

(٣) قوله: (في الكيل) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (قال) ساقط من (ت).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٩٥

(٦) في (ب): (صفقة).

(٧) في (ب): (به).

(٨) قوله: (العبد في) ساقط من (ق ٤) و(ب).

من قال: بعتك خمسة أقفزة، وأتى بما لا يشبه، وقال الآخر: خمسة وهذا العبد، وأتى بما يشبه أن يكون كثرة ذلك الثمن يكون لهما جميعاً، فلا يُقْبل قول المشتري على البائع في العبد أنه باعه منه.

وإن اختلفا في الكيل بعد الطول أو حلول الأجل كان القول قول المُسْلَم إليه.

واختلف إذا كان اختلافهما في القرب:

فقيل: القول قول المُسْلَم إليه بنفس قبض الدنانير. وقال[1] غير **ابن القاسم في كتاب الرواحل**: إن قال: بعتك بهذه المائة التي قبضت منك مائة إردب إلى سنة، كان القول قوله[2].

يريد؛ لأنه بالقبض مؤتمن على العِوَض، وقيل: حتى يبين بها.

وقيل: حتى يطول الأمر، فإن لم يطل تحالفا وتفاسخا[3].

وقيل: وإن طال الأمر تحالفا وتفاسخا، ويرجع إلى الوسط من سلم الناس[4].

وأرى أن يتحالفا ويتفاسخا إذا لم يطل، فإن طال كان من حق دافعها أن لا ترد إليه؛ لأن القصد من المُسْلَم إليه تعجيل الانتفاع بها[5]، ولهذا يسلم في الشيء أقل مما يباع به بالنقد، والانتفاع بها من يوم قبضها إلى يوم اختلفا، كشيء قبضه ليدفع عنه عوضاً، فلم يكن له أن يقبض تلك المنفعة،

---

(١) في (ق ٤): (على قول).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٤٩١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٢١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١٧، و٤١٨.

(٥) قوله: (بها) ساقط من (ت).

ثم يرد إلا من غير شيء.

وكذلك القرض إلى أجل إنما يهب المنافع إلى تلك المدة، فإن قام المسلم بحقه في الانتفاع بماله لم يمكن الآخر من التحالف وردَّه، وإن قال المُسْلِم: أنا أسقط حقي في الانتفاع بها ونتحالف ونتفاسخ، كان ذلك له.

وقد اختلف في هذا الأصل، فقال في من اشترى سلعة ثم وجد بها عيباً بعد أن حدث عنده بها عيب، فقال البائع: أنا أسقط مقالتي في العيب، فإن شئت قبلت ولا شيء لك، أو رددت ولا شيء عليك -: كان ذلك له[1].

قال عيسى: ليس ذلك له، وكذلك السَّلَم.

وإن كان رأس مال السَّلَم مكيلاً أو موزوناً، فإن لم يطل، ولم يفت ولم تتغير سوقه، تحالفا وتفاسخا، وإن استهلكه المشتري وانتفع به وطال، كان القول قول المُسْلَم إليه إلا أن يسقط المُسْلِم مقالته فيه، وإن تغير سوقه، كان فوتاً وكان القول قول المُسْلَم إليه.

وإن أسلم ثوباً في طعام ثم اختلفا في الكيل، فإن لم يفت الثوب ولا تغير سوقه تحالفا وتفاسخا، سواء طال ذلك أو حلَّ الأجل أو لم يحل؛ لأنه لم ينتفع به، ولو انتفع به لتغير في نفسه.

وإن تغير أو حال سوقه، كان القول قول المُسْلَم إليه إن أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه كان القول قول المُسْلِم، وإن أتى بما لا يشبه رُدَّ إلى الوسط مما يشبه أن يسلم فيه.

وكذلك من باع سلعة بثمن إلى أجل ثم اختلفا فيه[2]، وأتيا بما لا يشبه رُدَّ

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٩١.

(٢) قوله: (فيه) ساقط من (ت).

إلى ما يشبه - أن يباع به إلى ذلك الأجل؛ لأنه بيع صحيح، بخلاف الفاسد؛ لأنَّ الفاسد يسقط من الذمة ما تراضيا عليه، ويرجع إلى القيمة نقْداً.

وإذا كان السَّلَم صحيحاً فالذمة عامرة بمكيلة تقبض إلى أجل اختلفا في قدرها، فيردا[1] إلى ما/ يشبه أن يكون اشتغلت به تلك الذمة. (ب) ٣٦٢/أ

فصل

[في اختلاف المُسْلِم والمُسْلَم في الجودة]

واختلافهما في الجودة، كاختلافهما في الكيل.

واختلف إذا قال: هذا قمح، وقال الآخر: شعير، قال مالك: يتحالفان ويتفاسخان[2].

وقال عبد الملك في كتاب أبي الفرج: لا يتحالفان؛ لأنهما اتفقا في الجنس، وجعلهما كاللذين اختلفا في الجَوْدة، والأول أبين.

فإن استوى الكيل تحالفا وتفاسخا.

وإن اختلفا، فقال أحدهما[3]: أسلمت إليك في عشرة أرادب[4] قمْحاً، وقال الآخر: في عشرين من شعير[5]، واستوى الثمن - بيع الشعير واشتري به قمح، ولم أحلفهما؛ لأن أحدهما كاذب آثم، فلا أدخله في الإثم مع القدرة على السلامة من ذلك.

---

(١) في (ق٤): (فردا)، وفي (ب) و(ث): (فرد).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٩٥.

(٣) قوله: (أحدهما) ساقط من (ق ٤) و(ت).

(٤) قوله: (أرادب) ساقط من (ق٤) و(ت) و(ث).

(٥) قوله: (من شعير) يقابله في (ق ٤) و(ت): (شعيراً).

وإن كان ثمن الشعير أقل تَحَالَفَا، فإن حلف المُسْلَم إليه ونكل الآخر سلم[١] الشعير واشتُري به قمح، وكان العاجز خسارة على المُسْلِم؛ لأنه لا يجوز على إقراره أن يأخذ عشرين شعيراً عن عشرة قمْحاً، وكذلك إن نكل المُسْلَم إليه وحلف المُسْلِم؛ بيع الشعير واشترى بثمنه قمح، فما عجز أتمه المُسْلَم إليه؛ لأنه لا يجوز له أن يمسك على قوله عشرين شعيراً ويدفع عشرة قمْحاً، وإن نكلا رُدَّ رأس المال ولم يشْترِ به شيء[٢].

وقال مالك في كتاب ابن حبيب: إذا نكلا كان القول قول البائع، وهو كمطلوب ردَّ اليمين، فنكل الطالب[٣].

وهذا يصح[٤] على قول أبي الفرج؛ لأنه يقول: يبدأ البائع باليمين ويُسْلِمُ الشعير.

وأما على القول الآخر، فإنما يبدأ باليمين ليسقط دعوى المسلِم في القمح، ويحلف الآخر لئلا يؤخذ بقبض الشعير، فإن نكلا كان كل واحد على ما بديء به لو حلف.

وإن[٥] قال: أسلمت إليك في قمح، وقال الآخر: في تمر، تحالفا وتفاسخا، وإن طال أو حلَّ الأجل، واستحسن إذا كان يوفي التمر بثمن القمح أن يُقبض ويباع ويُشترى به قمح ولا يحلفا.

---

(١) في (ق ٤): (بيع).

(٢) في (ت) و(ق٤): (شيئاً). وانظر: المدونة: ٣/ ٩٢، والنوادر والزيادات: ٦/ ٤١٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١٩.

(٤) في (ب): (وهذا لا يصح).

(٥) في (ت): (فصل وإن).

وإن قال: أسلمت إليك في فرس على صفة كيت[1]، وقال الآخر: دونها؛ كان كالاختلاف في الكيل إذا اتفقا على الصفة.

وإن قال أحدهما: ذكر، وقال[2] الآخر: أنثى، تحالفا وتفاسخا؛ لأن كل واحد منهما يراد لما لا يراد له الآخر.

ولو اختلفا في بغل، فقال أحدهما: ذكر، وقال الآخر: أنثى، كان القول قول المسلم إليه؛ لأن الأنثى لا يراد منها نسل، وإنما يرجع الاختلاف إلى جيد ودنيء.

وقد تقدم[3] القول إذا اختلفا في موضع القبض.

وقال[4] ابن حبيب: إذا اختلفا في الكيل، وقال المسلم[5]: أسلفتك على قفيز بلدي، وقال المسلم إليه: بل على قفيز بلدي، ولا بينة لهما كان القول قول البائع مع يمينه، وإن تقارّا أنهما لم يسميا قفيز بلد، فهو على قفيز البلد الذي أسلفت فيه الدراهم[6].

وأرى أن يكون القول قولَ من ادَّعى مكيال البلد الذي يقبض فيه السَّلَم.

فصل

[في اختلاف المُسْلِم والمُسْلَم إليه في الأجل والصحة والفساد في السَّلَم]

وإذا اتفقا في الأجل أنه سَنَة، واختلفا في حلوله، كان القول قول المُسْلَم إليه؛

---

(١) في (ق٤): (كذا).

(٢) قوله: (قال) زيادة من (ق ٤).

(٣) قوله: (وقد تقدم) يقابله في (ت): (فصل: وقد تقدم).

(٤) في (ت): (فصل: وقال).

(٥) في (ت): (المسلف).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١٨.

لأن الأصل براءة الذمة، فكان القول قوله أنه لم يعقد السَّلَم إلا من وقت كذا.

وإن اتفقا في مبتدئه أنه كان من ستة أشهر، واختلفا في قدره، فقال المُسْلَم إليه: سَنَة، وقال المسلم: ستة أشهر، وقد حلَّ الأجل فاقضِ لي[١]، كان القول قول المُسْلَم إليه؛ لأنه غارم إلا أن يأتي بما لا يشبه أن يسلم ذلك الثمن في مثل[٢] تلك السلعة بمثل ذلك الثمن إلى سنة، ويشبه أن يكون إلى ستة أشهر فيكون القول قول المسلِم وإن أتيا بما لا يشبه رُدَّا إلى الوسط مما يشبه في ذلك الأجل.

وإن كان أسلم في زيت وكان الوقت الذي اختلفا فيه وقت العصر، أو في حنطة وكان ذلك وقت الدراس، كان القول قول المُسْلِم ولا يصدق المُسْلَم إليه؛ لأنه أتى بما لا يشبه، والعادة في مثل ذلك القبض في وقت العصر والدراس.

وإن اختلفا[٣] في الصحة والفساد:

فقال أحدهما: ضربنا أجلاً للسَّلَم، وقال الآخر: لم نضربه؛ كان القول قولَ مدعي الصحة مع يمينه[٤].

وإن قال المُسْلِم: شرطت تعجيل الثمن، وقال الآخر: شرطنا تأخيره، كان القولُ قولَ المُسْلِم؛ لأنه ادعى الصحة وأقر بأكثر، وإن قال المُسْلِم: شرطت تأخير النقد إلى أجل، وقال الآخر: حالًا، كان اختلافهما[٥] اختلافاً في الثمن، فيختلف هل يحلف مدعي الصحة، ويثبت البيع أو مدعي الفساد ويفسخ،

---

(١) قوله: (لي) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (مثل) ساقط من (ت).

(٣) في (ت): (فصل: وإن اختلفا).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٩٤.

(٥) قوله: (اختلافهما) زيادة من (ت).

وهما بمنزلة الاختلاف في الثمن مع قيام المبيع فأتى[١] أحدهما بما يشبه دون الآخر؛ لأن مدعي الفساد ادَّعى بما لا يشبه.

وأرى أن يكون القولُ قولَ مدعي الفساد إذا تضمن ذلك اختلافاً في الثمن؛ لأن الذي يدعي اليوم عن الفساد في المبيع قليل إلا أن يكون المُسْلَم إليه من أهل الدِّين والفضل، فيكون القول قوله.

(ب) ٣٦٢/ب

وإن فاتت السلعة/ لم يقبل قول البائع في الفساد إن كانت القيمة أكثر، ولا قول المشتري إن كانت القيمة أقل.

وإن اختلفا في الثمن بعد الفسخ كان القول قول المُسْلَم إليه ما لم يأت بما لا يشبه، وإن أقال من سلم صحيح، ثم اختلفا في الثمن تحالفا وفسخت الإقالة، ويبقى السَّلَم على حاله، وعلى القول: إن القول قول المشتري إذا قبض السلعة يكون القول قول المُسْلَم إليه وحده وتمضي الإقالة.

فصل
[في اختلاف المُسْلِم والمُسْلَم إليه في مقدار المُسْلَم فيه]

وإن قال: أسلمت إليك هذا الثوب في عشرة أقفزة، وقال الآخر: بل هذين بغير الأول في عشرة تحالفا وتفاسخا، والمُسْلِم مُبَدًّى باليمين في الثوبين أنه لم يسلمهما.

والمُسْلَم إليه مُبدًّى باليمين في الثوب المنفرد أنه لم يشتره، وكل واحد منهما بالخيار بين أن يحلف على سقوط دعوى صاحبه فقط، فيحلف المُسْلِم ما

---

(١) في (ت): (فإن أتى).

أسلمت إليك هذين الثوبين، ويحلف الآخر: ما أسْلَم إليه ذلك الثوب ولا يزيدان على ذلك وقد انفسخ ما بينهما، وبين أن يثبت دعواه على صاحبه فيحلف ما أسلمت إليك إلا هذا الثوب المنفرد، فإن نكل الآخر استحق الحالف قبله ما حلف عليه وسلم الثوب وحده.

وإن ابتدئ بيمين المُسْلَم إليه فأحب أن يحلف أنه لم يسلم إليه ذلك الثوب، ولقد أسلم إليه الثوبين أو ما أسلم إليه إلا الثوبين، فإن حلف على ذلك ونكل المُسْلِم استحق الثوبين في ماله وبقي المنفرد لصاحبه.

واختلف إذا أقام كل واحد منهما بينة على دعواه وكانا قد اختلفا في مجلس واحد، فقيل: يقضى بالبينتين وتكون الأثواب الثلاثة سلما في عشرين؛ لأن كل واحدة أثبتت حكما، وقيل: يقضى بأعدلهما[1]؛ لأنه تكاذب، وإن كانت الشهادتان عن مجلسين[2] قضى بهما في عشرين[3] قولاً واحداً.

وإن قال: أسلمت إليك هذا العبد في عشرة أقفزة، وقال الآخر: وهذا الثوب معه، وأقام كل واحد منهما بينة، فهل يقضى بالشهادة بالعبد والثوب؛ لأنها زادت، أو بأعدلهما؛ لأنه تكاذب؟.

وسواء هاهنا كانت الشهادة عن مجلس أو مجلسين؛ لأن المُسْلِم والمُسْلَم إليه اتفقا على أنه تكاذب، وأن العبد لم يعقد عليه السَّلَم[4] إلا مرة واحدة، فهذا يقول عقدنا فيه السَّلَم أمس وصار مِلْكاً للمُسْلَم إليه، ثم لم يكن عقد

---

(١) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٥٧٠.

(٢) قوله: (عن مجلسين) يقابله في (ت): (من مجلس).

(٣) قوله: (في عشرين) زيادة من (ت).

(٤) قوله: (السَّلَم) يقابله في (ت): (المسلم).

غيره، والآخر يقول: كذبت بينتك لم يعقد فيه إلا اليوم، فالتكاذب يقوم من قول من قام بها.

وكذلك إن قالت بينته: قال كذا، وقالت الأخرى: لم يقله بل كان ساكتاً، فهو تكاذب، بخلاف أن يقول: يمكن أن يكون قال ذلك ولم أسمعه.

فصل

[في اختلاف المتبايعين في الثمن قبل قبض المبيع]

وإذا اختلف المتبايعان في الثمن قبل قبض المبيع؛ تحالفا وتفاسخا.

واختلف في ستة مواضع:

أحدها: من يبدأ باليمين؟ **والثاني**: هل ينفسخ البيع بنفس أيمانهما، أو حتى يتفاسخا، أو حتى يحكم بالفسخ؟ **والثالث**: إذا نكلا هل ذلك كأيمانهما؟ **والرابع**: هل يحلف كل واحد منهما على إثبات دعواه أو على نفي دعوى صاحبه؟ **والخامس**: إذا أتى أحدهما بما لا يشبه هل يكون القول قول الآخر، أو الحُكْم التحالف؟ **والسادس**: إذا تغير سوقها، أو تغيرت في نفسها، هل ذلك فوت يوجب قَبُول قول المشتري، أو ليس بفوت فيتحالفان ويتفاسخان؟ فقال **مالك**: يبدأ البائع باليمين[1]. وقال في **العتبية**: يبدأ المشتري[2].

فوجه الأول[3]: قول النبي ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ مَا قَالَ**

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠٨.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٤٥٩.

(٣) قوله: (الأول) يقابله في (ت): (القول).

البَائِعُ أَوْ يَتَرَادَّانِ»[١].

ولأنه في سلعته أقوى سبباً، ولأنه المبدأ إذا أنكر البيع، وكذلك إذا أنكر أن يكون باع إلا بكذا.

ووجه القول الآخر: أن البيع نقل الملك والاختلاف الآن في الثمن لا في المبيع، فكان المبدأ الغارم وهو المشتري، فإذا حلف أنه لا يستحق قبله الثمن الذي ادعاه عاد المقال إلى البائع، فقال: لا تأخذ مني سلعتي بما لم أقر به.

واستحسن أن يقترعا على أيهما يبدى؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، فالبائع مبدى في ملكه وهي السلعة، والمشتري مبدى في ملكه وهو الثمن، وكل واحد يحب أن يؤخر يمينه لموضع ينتفع بها.

وإن كان الباقي منهما المشتري، حلف واستحق المبيع بخمسين، وإن كان البائع حلف واستحق مائة، وإنما يكره أن يحلف عند يمين الأول؛ لأن اليمين لا يفيده حينئذ إلا الفسخ.

وإذا تحالفا لم يفسخ البيع بنفس التحالف، وهذا قول **ابن القاسم**[٢]، فإن رضى البائع بعد أيمانهما أن يمضي البيع بخمسين لزم المشتري، وإن رضي المشتري أن يقبلها بمائة لزم البائع.

وقال **سحنون**: بتمام التحالف ينفسخ البيع كاللعان[٣].

---

(١) صحيح، أخرجه أبوداود: ٢/ ٣٠٧، في باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، من كتاب الإجارة، برقم (٣٥١١)، والحاكم في المستدرك : ٢/ ٥٥، من كتاب البيوع، برقم (٢٣٠٤)، والبيهقي في سننه: ٥/ ٣٣٣، في باب اختلاف المتبايعين من كتاب البيوع، برقم (١٠٥٩١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات : ٦/ ٤٠٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات : ٦/ ٤٠٨.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا ينفسخ بنفس التحالف، وكل واحد منهما بالخيار، فإن لم يرضيا فسخاه بغير حكم[١].

وهو أحسن؛ لأن قصد[٢] كل واحد منهما[٣] بيمينه إثبات دعواه، وألا يؤخذ منه ما لم يقر به إلا أن يكونا عقدا أن تلك الأيمان فسخ، فيكون على ما تراضيا/ عليه. (ب) ٣٦٣/أ

وقد تقدم الاختلاف إذا تناكلا هل يفسخ البيع أو يكون القول قول من يبدأ باليمين؟

والأول أصوب؛ لأنَّ كل يمين بدي بها أحد فنكل عنها ثم ردت اليمين فنكل عنه من ردت عليه؛ فإن الحكم يعود إلى ما كان يجب لو حلف المبدى.

فالحكم إذا بدي البائع فيحلف أنه لم يبع إلا بمائة أن تبقى السلعة بيده ليس يستحق المائة، فكذلك إذا نكل المشتري بعد نكوله تبقى سلعته له حسبما كان لو حلف، ولو كانت التبدية ليستحق المائة لم يحلف المشتري بعد يمينه، وكذلك لو بدي المشتري ثم نكلا لم يكن له أن يأخذ السلعة بخمسين؛ لأنه لم يبدَّ ليأخذها بذلك، وإنما بدي؛ لئلا يأخذ من ماله ما ادعاه الآخر.

واختلف هل يحلف كل واحد منهما على إثبات دعواه، أو على تكذيب دعوى صاحبه؟

وأرى أن كل واحد منهما بالخيار، فإن أحب البائع حلف أنه لم يبع إلا بمائة احتياطاً، فإن نكل المشتري استحق المائة بتلك اليمين، وإن أحب حلف

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠٨.

(٢) في (ت): (نية).

(٣) قوله: (منهما) زيادة من (ت).

أنه لم يبع بخمسين، فإن نكل المشتري بعد ذلك، حلف البائع يميناً أخرى أنه باع بمائة[1] واستحقها؛ لأن يمينه ما باع بخمسين، لا تفيد أكثر من أنه لا تؤخذ منه سلعته بها.

وإن بدي المشتري كان بالخيار بين أن يحلف أنه اشترى بخمسين، فإن نكل البائع، غرم خمسين، أو يحلف أنه أن لم يشتر بمائة؛ لأنه يقول: يميني الآن أني اشتريت بخمسين لا تفيد أكثر من أن لا ألزم بالمائة، فإن نكل بعد ذلك البائع لم يستحقها إلا بيمين ثانية.

واختلف إذا أتى أحدهما بما لا يشبه:

فقال **ابن القاسم**: يتحالفان ويتفاسخان[2].

وقال **عبد الملك**: القول قول من أتى بما يشبه، فإن كان البائع حلف وأخذ مائة، وإن كان المشتري حلف ودفع خمسين[3]، واختلف فيها قول[4] **مالك** حسبما تقدم[5].

وأرى أن يكون القول قول من أتى بما يشبه؛ لأنه دليل كشاهد يحلف معه.

وهذا إذا أتى الآخر بما لا يشبه في الغالب إلا أنه مما يمكن أن يباع به، فأما إن قال: بعتني بعشرة ما ثمنه مائة، أو يقول الآخر: اشتريت بمائة ما ثمنه عشرة، وهما من أهل البصر بتلك السلعة، فإن القول قول من أتى بما يشبه؛

---

(١) قوله: (باع بمائة) يقابله في (ت): (ما باع إلا بمائة).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠٨.

(٣) انظر: المنتقى: ٦/ ٤٤٤.

(٤) في (ت): (فقال).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠٩.

لأن قول الآخر في معنى المستحيل، وهو بمنزلة من أقر بالبيع أو بالشراء وكتم الثمن، فإن القول قول من ادَّعى معرفته.

واختلف هل تكون مع ذلك يمين؟ ويختلف إذا تغيرت سوق السلعة، أو تغيرت في نفسها، وهي محبوسة بالثمن، فعلى القول أن المصيبة من البائع، يكون التحالف إذا تغيرت سوقها، وإن حدث بها[1] عيب رُدَّ به من غير يمين إلا أن يرضى المشتري بذلك العيب، فيعود الأمر في الأيمان إلى ما تقدم لو لم يحدث العيب.

وعلى القول إن المصيبة من المشتري يكون مصيبة ذلك القدر من المشتري، فإن كان يحط ربع الثمن غرم المشتري ربع الثمن على ما أقر به، ويتحالفان ويتفاسخان في الباقي، وإلى هذا ذهب **ابن عبدوس** في هذه المسألة؛ لأن المبيع كالرهن لما كان محبوساً بالثمن فما هلك خرج من الرهن، وكان القول قولَ الغارم عنه، وما بقي لم يخرج من يد مرتهنه بغير ما يقول، والرهن شاهد على نفسه.

واختلف إذا كان الاختلاف في جارية فصارت إلى البائع بعد أيمانهما، أو بعد نكوله ويمين المشتري، أو صارت إلى المشتري بعد نكوله ويمين البائع، هل تحل لمن صارت إليه أن يصيبها؟

وأرى أن ذلك جائز من جهة من رفع يده عنها، وجائز لمن صارت إليه إذا قبلها؛ لأنَّ الآخر رضي أن تكون ملكاً لمن صارت إليه، وإن لم يرضَ بها من صارت إليه، وقال: إنما غصبني الآخر مالي، وسلمها إليه لم تحلَّ له، وكان بالخيار بين أن تبقى في يده ولا يخلو بها، أو يبيعها، فإن عجز عن ما بيعت به

---

(١) قوله: (بها) ساقط من (ق ٤).

أتبع به صاحبه في الآخرة، وإن فضل فضلٌ وقفه، فإن رجع الآخر أخذه.

فصل

[في اختلاف المتبايعين بعد قبض المبيع]

واختلف إذا اختلفا بعد قبض المبيع، على أربعة أقوال:

فروى **ابن وهب** عن **مالك** أنه قال: إذا قبضه كان القول قوله في الثمن[(١)].

وقال في **كتاب المكاتب**: إذا قبضها وبان بها، وقال أيضاً: إذا فات بعد القبض بحوالة الأسواق فما فوق[(٢)].

وقال **أشهب**: يتحالفان وإن فات، وتردّ القيمة ما لم تكن أكثر مما ادعاه البائع، أو أقل مما اعترف به المشتري[(٣)].

ورأى أنه لما كان الحكم مع القيام الردَّ، كان رَدُّ القيمة مع الفوت بدلاً من العين، ولا يلزم على هذا السَّلَم بعد الطول؛ لأنه لو رَدَّ القيمة نقداً كان فيه ظلم على المُسلم، ويكون قد انتفع بماله باطلاً؛ لأنَّ الانتفاع الذي كان السَّلَم لأجله لا يغرم عنه قيمة.

ووجه القول الأول: أنه بنفس القبض ضامن فلم يردَّ، كما قال: إذا تبايع رجلان سلعة وقبضها الآخر/ لم تُرَدَّ لما كان ضامناً لها إن هلكت، وكل هذا (ب ٣٦٣/ب) فهو[(٤)] إذا أتيا بما يشبه، فإن أتى أحدهما بما لا يشبه حلف الآخر، وكان الأمر على ما حلف عليه، ولا خلاف في ذلك مع الفوت، بخلاف إذا كانت قائمة.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠٨.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٤٨٨

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٠٩.

(٤) قوله: (فهو) زيادة من (ت).

فصل

[في اختلاف المتبايعين في قبض الثمن قبل قبض المبيع أو بعده قبل الافتراق]

وإن اختلفا في دفع الثمن قبل قبض المبيع كان القول قولَ البائع مع يمينه، وكذلك بعد القبض وقبل الافتراق إذا كانت العادة أنه يُسْلِم[1] ثم يقبض الثمن أو مختلفة.

وإن كانت العادة أنه لا يُسْلِم المبيع إلا بعد قبض الثمن، كان القولُ قولَ المشتري مع يمينه؛ كالصرف.

فلو قال الصراف: دفعت إليك قبل أن أقبض، لم يقبل[2] قوله، وإن افترقا كان القولُ قولَ المشتري في الفواكه واللحم والخبز وما أشبه ذلك؛ لأنَّ الشأن أنه لا يبين به مشتريه إلا بعد دفع الثمن، فإن قال: بِنت بغير علمي، لم يقبل قوله.

وقال **مالك** في العبيد والدواب والثياب: القول قول البائع مع يمينه، وإن افترقا[3].

يريد ما لم يقم دليل للمشتري أنه لا يدفع إليه ذلك إلا بعد دفع الثمن، مثل أن يكون المشتري بدويّاً، أو غريباً لا يُعرف، أو فقيراً، ومن الشأن أنه لا يؤمن إليه، ومثل هذا يُعرف عند النزول.

---

(١) في (ت): (أنه لا يسلم).

(٢) في (ت): (يصدق).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٩٣.

فصل

[في اختلاف المتبايعين

في قبض السلعة]

وإن اختلفا في قبض السلعة قبل قبض الثمن كان القولُ قولَ المشتري، وسواء اختلفا قبل أن يفترقا أو بعده.

وكذلك إن نقد الثمن ولم يفترقا، إلا أن تكون العادة في مثله ألا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع، وإن اختلفت العادة كان القول قول المشتري، وإن افترقا بعد دفع الثمن كان القول قول البائع.

وقال **ابن القاسم** في **العتبية** في من باع سلعة بثمن إلى أجل، فقال المشتري: لم أقبض السلعة، وكذَّبَه البائع، قال: إن كان أشهد له بالثمن فقد قبض السلعة[١].

قال **أصبغ**: ويحلف البائع إن كان بفور[٢] البيع والإشهاد، فأما إن كف حتى إذا حلَّ الأجل وشبهه قال لم أقبض السلعة، فلا قول له ولا يمين[٣].

وقال **محمد بن عبد الحكم**: إذا شهد شاهدان على رجل أن لفلان عليه مائة دينار ثمن سلعة اشتراها منه؛ لم أقبل[٤] ذلك منه، ولا ألزمه الثمن[٥] حتى يقولا: وقبض[٦] السلعة، وكذلك لو قالا: باعه سلعة بمائة دينار،

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ٣٤.

(٢) في (ت): (بقرب).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ٣٤.

(٤) في (ب) و(ت): (يقبل).

(٥) في (ب): (اليمين).

(٦) قوله: (وقبض) يقابله في (ت): (أنه قبض).

لم أقضِ[١] بذلك عليه؛ لأنه ليس في شهادتهما ما يوجب قبض السلعة[٢].

وقال **مالك** في البائع يدعي أنه اشترط الوازنة، وادَّعى المشتري[٣] أنه اشترط الناقص[٤]، قال: يحملان على نقد تلك السلعة[٥].

قال **محمد**: ولو كان إلى أن تحالفا وتفاسخا[٦].

وهو أبين؛ لأنه اختلاف في الثمن، ومن الناس من يشترط الوازنة وإن كانت العادة النقص، ويشترط النقص بحبة أو حبتين، وإن كانت العادة الوازنة.

وكل من ادَّعى ذلك، فلم يأت إلا[٧] بما يشبه. وإن كانت العادة أن الدينار ينقص[٨] عن الوازن بحبتين، وقال البائع: أنا[٩] لم أعلم العادة، فإن كان من أهل البلد لم يصدق، وإن كان طارئاً صُدِّق، وإن شك في معرفته أُحلف أنه لم يعلم ذلك، وكان المشتري[١٠] بالخيار بين أن يقبلها عن الوازن أو يَرُدَّ.

وكذلك إن كان البيع على قنطار، وعادة البلد أنهم يطرحون للقنطار عشرة أرطال[١١] أو خمسة، والبائع طارئ، وقال: لم أعلم فإنه يصدق، فإن كره

---

(١) في (ب): (يقم)، وفي (ت): (يقضِ).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١٦

(٣) قوله: (المشتري) ساقط من (ت).

(٤) في (ب) و(ث) و(ق٤): (النقص).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٢٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٢٣.

(٧) قوله: (إلا) ساقط من (ت).

(٨) قوله: (ينقص) ساقط من (ق ٤).

(٩) قوله: (أنا) زيادة من (ت).

(١٠) قوله: (المشتري) ساقط من (ب).

(١١) قوله: (أرطال) ساقط من (ب).

كان المشتري بالخيار بين أن يرضى بإسقاط ذلك الزائد أو يَرُدَّ.

وكذلك إذا كان القنطار مختلفاً، فالقنطار بالقيروان، وصقلية، والإسكندرية، والشام مختلف، فمن قدم بشيء يبيعه إلى بلد قنطاره أكبر من قنطار البلد الذي قدم منه وقال: لم أعلم ما بينهما ولم يتقدم له سفر قبل ذلك صُدق، فقنطار أهل الشام أربعة بالمصري.

فصل

[في اختلاف المتبايعين في الاستثناء واشتراط الخيار]

ومن باع حائطاً واستثنى منه نخلات وقال: اشترطت الخيار، وقال المشتري: بل اشترطت هؤلاء، تحالفا وتفاسخا[١]، فإن نكل البائع وحلف المشتري سلم المعينات وكان له ما سواهن بذلك الثمن، فإن نكل المشتري وحلف البائع كان له أن يختار، وإن فات ذلك الحائط بتغير تحالفا، وسلم المشتري المعينات وإن نزل بها عيب؛ لأنه يقول: لم أشترها، وكان للآخر أن يختار ولزم المشتري ما سوى هذين وقبض الثمن على أن التي اختيرت كانت في البيع.

وقال **محمد** في من باع طعاماً ثم اختلفا في الكيل والثمن، فقال البائع: بعتك صاعين بدينار، وقال المشتري[٢]...[٣].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٩٢.

(٢) قوله: (وقال المشتري) ساقط من (ت) و(ب).

(٣) بعدها بياض في النسخ الموجودة لدينا، والمسألة لم تتم.



باب
في الوكالة على السَّلَم



ومن قال لرجل: بعثني فلان لآخذ له سَلَماً على طعام، فأعطاه ذلك جاز، ولزم الأمر إن أقر بالوكالة.

قال **مالك**: وإن اشترط المشتري على المأمور أنه إن لم يرضَ الآمر فأنت لبيعي ضامن جاز، قال: وذلك مثل الرجل يقول للرجل: ابتع لي/ غلام فلان، فيقول: إن فلاناً أرسلني فبيعوه، فقد عرفتموه، فيقولون: نحن نبيعه فإن أقر لنا بالثمن، وإلا فالثمن لنا عليك، توفيناه نقداً أو إلى أجل، فذلك جائز[١].

(ب) ١/٣٦٤

قال **محمد**: ولقد غمزه بعض الناس وقال: هي ذمم ولا يدري على أيها وقعت مبايعته.

قال **سحنون**: وقال **أشهب**: هو دَيْنٌ بِدَيْن.

قال الشيخ رحمه الله: إن كان أحدهما غنيّاً والآخر فقيراً، فهو غررٌ؛ لأنه لا يدري أي الذمتين له، بخلاف الحميل؛ لأن له ذمة غريمه، وذمة الحميل تقوية له، أو له الذمتان على القول إن له أن يأخذ أيهما أحبَّ[٢].

فإن قيل للوكيل: إن اعترف الآمر فادفع الثمن إليه وأَشْهِدْ عليه وإلا فلا تدفع إليه لم يدخله الدَّيْن بالدَّيْن، وإن قيل له: ادفع إليه، فإن اعترف لنا أخذنا منه، وإن أنكر أتبعناك؛ لكان ديناً بدين، فمن قال: إنه شرع غير معلل، كان فاسداً، ومن قال: إنه معلل بما كانت عليه الجاهلية أن يقول للغريم: تقضي أو تُرْبي لم يفسد؛ لأنه شرط في أصل العقد.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٩٧.

(٢) قوله: (أحبَّ) ساقط من (ت).

والوكالة على السَّلَم مخالفة للوكالة على الشراء والبيع[(١)]؛ لأن قوله: بعثني لآخذ له سَلَماً أُمِرَ يقتضي ثمن[(٢)] المسلم والقضاء على الآمر بمجرد الوكالة، وهذا قول **مالك**؛ لأنه جعله بمنزلة من قال: بعثني فلان فبيعوه، فإن دفع الثمن على الباعث، فإذا قبض الرسول الثمن غرم الآمر السَّلَم، فإن أنكر أنه يكون وكله، حلف وسقط السَّلَم[(٣)] عنهما جميعاً.

واختلف هل يغرم[(٤)] الرسول رأس المال؟ فقال **محمد**: يغرمه.

وقيل: لا شيء عليه إلا يمينه.

وأرى أن يغرم إن كان غير مأمون، وإن كان مأموناً حلف لقد أرسلني ووصلت إليه وبرئ، وتكون مصيبة ذلك من المُسْلِم.

إن قال: وكلني أن أُسْلِم له كان عليه أن يدفع رأس المال وليس له قبض السَّلَم؛ لأنَّ قوله أَسْلَم له[(٥)]؛ أي أَسْلَم له وأدفع رأس المال، فإذا دفعه انقضت وكالته، وإن قال: وكلني أن أعقد له سَلَماً، لم يكن عليه من رأس المال شيء.

واختلف إذا وكله على الشراء، هل يلزم الوكيل دفع الثمن؟ فقال **محمد**: عليه ذلك، وإن قال: بعثني لأشتري له منك، قال: لأن البائع يقول: أنت تشتريها، فلا أبالي لنفسك أو لغيرك[(٦)].

---

(١) قوله: (والبيع) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (ثمن) ساقط من (ت).

(٣) في (ق ٤): (السلف).

(٤) في (ت): (يلزم).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٣٧.

وقال **مالك في المبسوط** في من وكل على شراء سلعة فوجد البائع بالثمن زيوفاً: فإن كان أعلمه أنه وكيل لغيره فلا شيء عليه، وإذا لم يجعل عليه البدل لم يكن عليه أن يدفع الثمن.

فرأى أن العقد بيع فإذا فعل انتقضت وكالته وكان دفع الثمن وقبض المبيع من الموكل، ورأى مرة أن الأول عقد بيع(١) وأن البيع التقابض أن تعطيني ملكك وأعطيك ملكي، ولهذا قال: إن مصيبة الحيوان إذا حبس بالثمن من البائع(٢).

وقوله: المصيبة من المشتري، فعلى القول: إن العقد بيع، وإن قال: بعثني لأشتري منك، أو بعثني إليك لأشتري منك، ولم يقل: لأشتري له، كان محمل الشراء على أنه للمبعوث، وإنما دلَّه على من يعامله، إلا أن يقول: بعثني إليك لتبيعه، فأما إن قال: لتبيعني أو لأشتري منك، فمحمل قوله على أن الشراء لنفسه، فإن قال: لتبيعه، كان الثمن على الآمر، وإن قال: لأشتري له؛ كان الثمن على القولين، هل هو على الباعث، أو على المبعوث؟ وإن قال: لأشتري منك، أو لأشتري، ولم يقل: له ولا منك، كان محمل الشراء على أنه لمن باشر الشراء.

فصل

[في مسائل في الوكالة في السَّلَم والبيع وخشية المحاباة في ذلك]

واختلف في من وَكَّل رجلاً على أن يشتري له جارية أو ثوباً ولم يصف له ذلك، فاشترى ما لا يشبه أن يكون من جواريه ولا من لباسه: فقال ابن

---

(١) قوله: (الأول عقد بيع) يقابله في (ق ٤): (العقد الأول ليس عقد بيع).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٢٢٠.

القاسم: لا يلزمه ذلك[١].

وقال **أشهب**: يلزمه إلا أن يقول للباسي أو لخدمتي[٢]. وقاله **سحنون**.

ورأيا أن أمره مُشكل هل أراد القنية أو التجارة؟ فلا يحمل عليه التعدي، ولا يضمن بالشك.

وقال **ابن القاسم** في من وكل رجلاً ليُسْلِم له في طعام، فأسلم ذلك إلى نفسه، أو إلى ابنه الصغير، أو إلى من يليه من يتيم أو سفيه: لم يجز، وإن أسلمه إلى زوجته أو ابنه الكبير، أو عبده المأذون له في التجارة، أو مكاتبه، أو إلى شريك غير مفاوض؛ جاز ما لم يكن فيه محاباة[٣].

قال **سحنون**: سَلَمُه إلى ابنه الذي في حجره أو إلى يتيمه جائز؛ لأن العهدة في أموالهم.

وقال **أبو محمد عبد الوهاب**: إن اشترى الوكيل ما أمر ببيعه بثمن مثله جاز[٤].

قال: وكذلك عندنا الوصي والأب.

وقال **مالك** في من اشترى سلعة، ثم أخذ من رجل مالاً قراضاً وأراد أن يدفعه في ثمن السلعة: أخاف أن يكون قد استغلاها فيدخل مال هذا فيها[٥].

فجعل المنع لأجل المحاباة ليس؛ لأنه معزول عن شرائها.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٩٧.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٣٥، ٢٣٦.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٩٨.

(٤) انظر: المعونة: ٢/ ٢٠٦.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٦٥٦.

وأرى إذا نزل ذلك أن يمضي البيع إذا علم أنه استقصى وبالغ، أو ذكر من الثمن ما يرى أنه غاية ما يباع به، وإن لم تكن بينة على إشهارها، ولا أتى من الثمن بما ذكرت لك نقض البيع إن كان قائماً ومضى بعد الفوت بالأكثر من القيمة أو الثمن، وهذا إذا كان فواته بذهاب عينه.

واختلف إذا حالت سوقه أو تغير في نفسه: فقال **محمد** في من أمر ببيع[1] سلعة فباعها من نفسه: كان صاحبها بالخيار في ردِّها ما لم تفت بغلاء سوق/ أو في بدنها، فتلزمه قيمتها[2].

(ب) ٣٦٤/ب

وذكر **يحيى بن عمر** فيها قولين: **أحدهما**: مثل هذا، **والآخر**: أنه لا يفيتها النماء ولا النقص.

وقال غير **ابن القاسم** في **كتاب القراض**: كل من أطلقت يده في بيع فباعه من نفسه وأعتقه؛ كان الآمر بالخيار بين أن يجيز فعله أو يردَّ عتقه ويأخذه، إلا في المقارض؛ فإنه إذا كان في العتق فَضْلٌ نفذ عتقه للشرك الذي له فيه[3].

وقال **ابن حبيب** في **العاشر من البيوع**: إن باعه من نفسه ثم باعه من آخر بربح؛ كان الربح للأول إلا أن تكون القيمة أكثر، فيلزمه الذي هو أكثر، قال: وكذلك الوصي يشتري من تركة من أوصى إليه فالخيار عليه فيه للسلطان، وإن باعه بربح كان الربح للأيتام أو الثلث إلا أن تكون القيمة أكثر، فجعلاه كالمتعدي، فلا يفيته العتق ولا انتقاله بالبيع. وهو **أحسن** إذا علم أنه حابى نفسه[4] في الثمن.

---

(١) قوله: (فواته بذهاب عينه... فيمن أمر ببيع) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٢٠٠.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٦٥٩.

(٤) قوله: (حابى نفسه) يقابله في (ت): (جاء بنفسه).

ومن وكّل عبداً فأسلم له في طعام مضى والسلم للآمر، فإن كان العبد محجوراً عليه كان لسيده إجارته في ذلك، وإن كان مأذوناً له وفعل ذلك معروفاً ليصلح وجهه في تجارته لم يكن لسيده شيء؛ لأن الغالب في إجارة ذلك يسيرة[1].

ومن وُكِّل على أن يُسْلِم فوَكَّل غيره كان متعدياً، وللآمر أن يغرمه رأس المال، وله أن يجيز إن لم يكن أَسْلَم الثمن أو أسلمه وكان قائماً وشهدت البينة أنها دنانيره.

ويختلف إذا فاتت أو لم تشهد البينة بذلك، فقيل: ليس له أن يجيز؛ لأنه فسخُ دَيْنٍ في دَيْنٍ لما ملك أن يغرم المأمور رأس ماله، وهذا قول **ابن القاسم** في **المدونة**[2].

وروي عن **مالك** في كتاب **ابن حبيب** أنه أجاز ذلك، وهو أحسن. وأرى أن يوكل ذلك إلى أمانة الآمر، ويعلم أنه لا يجوز له متى اختار التضمين أن ينتقل إلى الإجازة ولا يحمل عليه أنه اختار التضمين ثم انتقل، فيكون قد منع ملكه بالظن وملك لغيره.

---

(١) قوله: (شيء لأن... ذلك يسيرة) يقابله في (ت): (إجازته... ذلك سيداً).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٠١.




باب



في تعدي الوكيل في البيع والسَّلَم

وقال **ابن القاسم** في من وكل رجلاً يبيع له سلعة أو طعاماً فباعها بطعام أو عرض نقداً: كان المأمور ضامناً إذا باع بغير العين، إلا إن يشاء أن يقبض ثمن ما بيع به إذا كان عرضاً أو طعاماً[(١)].

قال الشيخ رحمه الله: أما إذا باع العرض بطعام أو الطعام بعرض، وكل ذلك نقداً ولم يكن الآمر سمى ثمناً؛ كان الآمر بالخيار في القيام بين الإجازة أو الردِّ.

وفي الفوت إذا غاب بذلك مشتريه بين الإجازة وأخذ الثمن الذي بيع به، أو تضمينه قيمة سلعته، أو مثل الطعام إذا وكله على بيع طعام، ويُسْلم الثمن للمأمور بفضله إن كان فيه فضل.

وقيل: يباع إذا كان فيه فضل ويكون الفضل للآمر، وهذا عقوبة للمأمور لئلا يربح الغاصب والمتعدي.

واختلف إذا باع الطعام بطعام: فأجاز **ابن القاسم** للآمر أن يأخذ الطعام الثاني[(٢)].

ومنعه **أشهب** وقال: ليس للآمر إلا مثل طعامه، ويباع له الثاني إن كان فيه فضل[(٣)]، كان ذلك الفضل للآمر؛ وهذا لئلا يربح الغاصب والمتعدي.

وقد اختلف قوله في هذا الأصل، فقال في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده، ودخل بها ثم زنت قبل أن يجيز السيد، فقال: إن أجاز رجمت، وإن رُدَّ لم

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٩٩.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٩٩، والنوادر والزيادات: ٦/ ٥٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٥.

ترجم[1].

وجعله إذا أجاز كأنه منعقد من الأول، فعلى هذا يجوز للآمر[2] أن يأخذ الطعام الثاني.

ومن وكل على أن يبيع سلعة فباعها بعرض أو بحنطة أو بشيء مما يكال أو يوزن مما سوى الدنانير والدراهم؛ كان للآمر أن لا يجيز ويردَّ البيع مع القيام، ويأخذه بالقيمة مع الفوت.

ثم يختلف هل يباع العرض الثاني إن كان فيه فضل؟

قال **ابن القاسم**: وإن باع بالفلوس أو اشترى بها كان بمنزلة العروض، إلا أن تكون السلعة خفيفة الثمن مما تباع بالفلوس[3].

ويختلف إذا أمره أن يبيع بدنانير فباع بدراهم أو بدراهم فباع بدنانير وهي في القيمة مثل ما سمى له.

فأرى أن يمضي؛ لأنَّ كل واحد منهما يسد مسدَّ صاحبه، إلا أن يعلم أن ذلك كان لغرض للآمر، فيردُّ البيع إذا كان قائماً، فإن فات وغاب المشتري؛ كان الآمر بالخيار بين أن يجيز أو يباع الثمن ويشتري له به مثل ما أمر به.

فصل

[في مسائل يخالف فيها الوكيل في السَّلَم والبيع ما أُمر به]

وقال **ابن القاسم** في من دفع لرجل دراهم ليسلمها له في ثوب فأسلمها له

---

(١) قوله: (إن أجاز... لم ترجم) يقابله في (ت): (إن أجاز السيد... لم ترجم).

(٢) في (ت): (للأول).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٠.

في بساط: كان للآمر أن يُغرم المأمور مثل دراهمه، وليس له أن يأخذ المُسْلم إليه بمثل دراهمه، ولا أن يجيز السَّلَم ويأخذ البساط؛ لأنه يصير ديناً في دَيْنٍ[1].

وعلى قول مالك في كتاب ابن حبيب له أن يجيز ويأخذ البساط. وإن لم ينظر في ذلك حتى حلَّ الأجل كان له أن يأخذه قولاً واحداً[2].

وهذا إذا لم يبين أنه وكيل، فإن شهدت بينة أن المدفوع دنانير الآمر وكانت قائمة؛ كان له أن يجيز ويكون له البساط، وأن لا يجيز ويأخذ دنانيره، ويكون على المأمور خلفها ولا يفسخ السَّلَم، وإن تبين أنه وكيل لغيره وقال: أسلم إليك دنانيره هذه، فإن كانت قائمة كان الآمر بالخيار بين أن يأخذ دنانيره، فينفسخ السَّلَم، أو يجيز ويكون/ له البساط إلى أجله، وإن فاتت الدنانير كان له أن يغرمه مثلها وينفسخ السَّلَم.

(ب) ١/٣٦٥

ويختلف هل له أن يجيز وله أن يأخذ المأمور بمثل الدنانير ويمضي السَّلَم إذا كان المأمور مكذباً للبينة، ويقول: لم أتعدَّ، وإذا لم يكن للآمر أن يجيز وقال: يباع لي البساط لآخذ الفضل، لم يكن ذلك له إن كان قد أجاز؛ لأنه يصير متهماً للربا، وإنما يباع حينئذ على ذمته، وإن لم يجز كان له أن يباع لئلا يربح المتعدي.

وإن وكل على أن يُسْلِم في ثوب ويكون الثمن سلفاً من عند المأمور ليردَّه إليه إلى أجل فأسلم له في طعام كان للآمر أن يجيز ويكون له الثمن إذا دفع رأس المال بالحضرة، ويكون كالتولية.

ويختلف إذا أجاز على أن يقضي السلف إذا حلَّ الأجل، هل يمنع؛ لأنه فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ، أو يجوز إذا قال: لم أختر إلا الإجازة؟

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٩٩ .

(٢) انظر: النوادر والزيادات : ٧/ ٢٠٤.

وإن وُكِّل في سلعة ليبيعها بالنقد فأسلمها في طعام؛ كان الآمر بالخيار في قيام سلعته بين الإجازة، ويكون له الطعام إلى أجله، أو يأخذ سلعته وينفسخ السَّلَم، وإن أفاته المُسْلِم إليه بلباس؛ كان للآمر أن يغرمه قيمته وينفسخ السَّلَم.

ويختلف إذا أحب أن يجيز ويكون له الطعام، وكذلك إذا فات بعيب مفسد من سبب المُسْلَم إليه.

وإن كان بأمر من الله تعالى، كان له أن يأخذ سلعته معيبة[1] وينفسخ السَّلَم ولا شيء له على المُسْلَم إليه من العيب، وله أن يغرم الوكيل قيمة ذلك العيب؛ لأنه متعدٍ في تسليمه، فله أن يغرمه ما أحدث في حال التعدي، وإن كان العيب بأمر من الله سبحانه.

ويختلف هل له أن يجيز؛ لأنه وإن كان قائماً فيما بين الآمر والمُسْلَم إليه وأن له أن يأخذ عينه[2]، فإنه في معنى الفائت لما ملك أن يتركه ويغرم المأمور قيمته، فيصير إذا انتقل من القيمة ويأخذ الطعام فسخ دَيْن في دَيْن.

وإن لم ينظر في ذلك حتى حلَّ الأجل؛ لم يكن له أن يأخذ الطعام على هذا القول ويدخله بيع الطعام قبل قبضه، وله أن يباع له إذا كان فيه فضل ليأخذ الفضل.

يريد إذا لم يجز فيباع على ملك المتعدي؛ لئلا ينال بتعديه ما أراد من الربح، وليس ذلك له إذا أجاز ليباع على ملكه، ولو جاز ذلك لكان له أن يأخذ عينه.

وقال **مالك** في من أمر أن يبيع سلعة بدراهم سماها نقداً فباعها بعرض إلى أجل: يباع ذلك العرض بنقد فإن كان فيه وفاء بالمسمى أو فضل كان للآمر،

---

(١) في (ت): (بعينها).

(٢) في (ق ٤): (عيبه).



وإن كان نقصاناً كان على المأمور[١].

وقد اختلف في ثلاثة مواضع.

أحدها: إذا سمى ما يباع به من العين[٢] فباع بخلافه أو بأقل، هل يحمل على أنه التزم تلك التسمية؟

والثاني: إذا باع بتلك التسمية من غير نداء ولا إشهار، هل يلزم البيع؟

والثالث: إذا ملك الإجازة والردَّ، هل يحمل على أنه لم يجز إلا ما يعترف أنه اختاره، أو أنه اختار الآخر ثم انتقل إلى هذا؟ فعلى قوله أنه ملتزم التسمية وأن له أن يبيع بتلك التسمية من غير نداء؛ فيكون قيام السلعة وفوتها سواء، وليس لصاحبها أن يأخذها، وإنما له الأكثر من التسمية أو القيمة نقداً أو ما يباع به الدَّيْن على النقد، فيأخذه بالتسمية؛ لأنه ملتزم لها أو القيمة إن كانت أكثر[٣]؛ لأنه مقر أنه تعدَّى ولم يلتزم ما يباع به الدَّيْن، لئلا ينال بتعديه الربح.

ويختلف هل له أن يجيز ويكون له[٤] الدَّيْن إلى أجله؛ لأنه وإن كانت السلعة قائمة فقد ملك أن يأخذ التسمية أو القيمة نقداً أو ما يباع به الدَّيْن على النقد[٥] فيكون ذلك فسخ دَيْن في دَيْن، وعلى القول ألا يلزم البيع بتلك التسمية من غير نداء، يكون للآمر أن يأخذ سلعته وينقض البيع أو يأخذ التسمية، وليس له أن يجيز ليأخذ الدَّيْن؛ لأنه ملك أن يأخذ التسمية.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٠١، انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٢٠٨.

(٢) قوله: (من العين) زيادة من (ق ٤).

(٣) قوله: (أو القيمة إن كانت أكثر) يقابله في (ب): (وبالقيمة أكثر إن كانت أكثر).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ق ٤).

(٥) قوله: (نقداً أو... على النقد) زيادة من (ت).

وأرى أن يكون القول قول الوكيل أنه لم يلتزم تلك[1] التسمية، ويكون الآمر بالخيار مع القيام بين أن يجيز بالثمن إلى أجل أو يرد.

وإن فاتت بلباس كان بالخيار بين أن يجيز ويكون له الثمن إلى الأجل، أو يأخذ القيمة من اللابس يوم لبس ويسقط عنه الثمن، أو يأخذ من المأمور القيمة يوم باع؛ لأنه يوم تعدى، ويمضي بالثمن إلى الأجل.

فإن هلكت بيد المشتري؛ كان بالخيار بين أن يجيز البيع إلى الأجل، أو يأخذ القيمة من المأمور يوم باع ويمضي للمشتري بالثمن، وليس على المشتري هاهنا إلا الثمن إلى الأجل؛ لأن من اشترى شيئاً بوجه شبهة فهلك في يده لم يضمنه بالقيمة، وإنما يضمنه بالثمن، والثمن هاهنا مؤجل فليس عليه غيره، وكذلك إن هلكت والثمن عرض، فليس للمستحق على المشتري إلا ذلك العرض.

وقال في من أُمر أن يبيع سلعة بعشرين ديناراً نقْداً، فباعها بثلاثين إلى أجل، قال: يباع الدَّيْن بعَرَضٍ نقْداً، ثم يباع العرض بعين، فإن كان فيه وفاء بالعشرين أو فضل كان للآمر، وإن كان نقصٌ فعلى المأمور[2].

وليس للآمر عنده أن يجيز البيع ويأخذ الثلاثين؛ لإمكان أن يكون اختار التسمية[3]، فيكون قد فسخ عشرين في ثلاثين.

ولا أن يختار التسمية؛ لإمكان أن يكون اختار الإجازة[4] إلى الأجل،

---

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ب).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ١٤١.

(٣) في (ت): (القيمة).

(٤) في (ت): (الإجارة).

(ب) ٣٦٥/ب

فيكون أخذ عشرين نقْداً عن ثلاثين مؤجلة/ ، فيدخله ضع وتعجل، وعلى القول الآخر: له أي ذلك أحب ويترك الآخر للمأمور.

وقد اختلف إذا أمره أن يبيع بعشرة نقداً، فباع بخمسة عشر إلى شهر، وكان إن بِيع الدينُ ساوى ثمانية، فرضي المأمور أن يدفع عشرة، فإذا حلَّ الأجل أخذها، وكانت الخمسة الفاضلة للآمر.

وأن يجوز **أصوب** ولا وجه للمنع؛ لأنه إن قدّر أن الآمر لم يختر إلا الإجازة، فله الخمسة عشر إلى الأجل، وهذه قرض من المأمور يدفع عشرة فتعود إليه ولا يربح شيئاً، وإن قدّر أنه اختار التسمية؛ فله أن يغرمه العشرة، وقد أخذها ولا شيء له في الفضل في الخمسة الزائدة، وتكون كالهبة من المأمور، فلا يدخل فساد على أي الوجهين أجريت المسألة، وكذلك إذا كانت قيمة الدَّين بالنقد اثني عشر.

واختلف أيضاً إذا قبض الآمر عشرة ليردّها عند الأجل وتكون له الخمسة عشر، وأن تجوز **أحسن**؛ لأنه إن قدّر أن الآمر لم يختر إلا الإجازة، فله الخمسة عشر، وهذه العشرة قرض، فإن قدر أنه اختار التسمية فقد قبضها، والخمسة هبة من المأمور. وما ذكر من أن المأمور يدفع العشرة لئلا يخسر دينارين فغير صحيح؛ لأن المنازعة في الأصل في أن لا يباع وأن البيع لا يلزم إلا أن يتفقا عليه؛ لأنه مال مترجح بين آدميين، فلا يباع عليهما إلا باتفاقهما، والمأمور يقول: إن قدرتم أنه اختار أن لا يمضي[1] فهو لي وأنا لا[2] أبيعه وأغرم له العشرة، والخمسة بعد الأجل هبة مني، وإن قدَّرتم أنه اختار

---

(١) في (ت) و(ث) و(ق٤): (يضمني).

(٢) في (ق ٤): (وأنا الآن).

الإجازة كانت الخمسة عشر له، وهو لم يرضَ بيعها وأنا أسلفه على أن لا أرجع عليه إن هلك الدين.

وقال **ابن القاسم** في من أمر رجلاً أن يبيع له سلعة بتسمية إلى أجل فباع بالنقد، قال: عليه الأكثر من الثمن الذي باع به أو القيمة نقْداً، ولم يلزمه تلك التسمية إلى أجل(١).

ولم ير في **العتبية** أن التسمية تلزم إلا في وجهين: أن يكون المأمور يبيعه عرضاً وليس مما يكال أو يوزن(٢).

وأن تكون التسمية عيناً نقداً أو شيئاً مما يكال أو يوزن نقداً.

قال **أشهب**: فإن خالف في العرض وقد سمى له ما يبيعه به من العين أو مما يكال أو يوزن نقْداً، فباع بدون التسمية أو بجنس آخر أو بثمن مؤجل أو وهب أو تصدق، ولم يبع لزمته التسمية.

وإن سمى له أن يبيع بعين مؤجل أو بعرض نقْداً، أو كان المأمور يبيعه شيئاً مما يكال أو يوزن، فسمى له ما يباع به من العين نقْداً، لم يلزمه شيء(٣) من تلك المسميات.

وأجري على حكم المتعدي إذا لم يسمَّ له، وكل هذا سواء إلا أن تفرق بينهما سُنَّةٌ أو إجماع، وذلك معدوم.

وأرى أن يكون القول قول المأمور أنه غير ملتزم في جميع ذلك حتى يثبت غيره.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٢.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٤٣١.

(٣) في (ت) و(ث) و(ق٤): (يُلزم شيئاً).

ومن أمر أن يبيع بعشرة إلى شهر، فباع بعشرة نقْداً لزمه؛ لأن التعجيل زيادة، وهو بمنزلة من باع بأكثر إلا أن يقول الآمر: اطلب عشرة فأكثر، ولا تَبع بأقل، فينظر إلى ما يباع به إلى شهر، فإن كان يباع بأكثر كان للآمر أن يرد البيع، وإن فات بها المشتري كان على المأمور الأكثر مما يباع به نقداً أو قيمتها نقداً.

وإن أمره أن يسلمها في عشرة أقفزة قمح إلى أجل فكذلك؛ لأن العادة اليوم أن الناس لا يقصدون بالأجل التضمين(١) إلى ذلك الأجل، ومعلوم أنه على التعجيل أحرص، وإن كان علم أنه قصد أن يضمن له؛ صح أن يفسخ البيع وتعاد إليه سلعته.

وقال **ابن القاسم** في من دفع إلى رجل دنانير ليسلمها له في طعام فصرفها بدراهم وأسلمها له: فإن فعل ذلك نظراً للآمر جاز، وإن كان تعدياً لم يجز للآمر أن يرضى بالطعام، إلا أن يكون المأمور قد قبض الطعام(٢).

وهو قول **أشهب** في هذا الأصل(٣)؛ لأن هذا(٤) المأمور فعل ذلك على وجه البت وليأتي بطعام ولا يعلم الآمر ما فعل، والأحكام هاهنا أوجبت الخيار، ففارق مسألة من أودع دنانير فصرفها له بدراهم؛ لأنه دخل على خيار صاحبه، ولم يرد أن يجحده ويقول هذه الدراهم هي(٥) التي أودعتني.

---

(١) في (ت): (ليضمن).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٢٠٦.

(٤) قوله: (هذا) زيادة من (ق ٤).

(٥) قوله: (هي) ساقط من (ب).

فصل

[في قبض ما أسلف فيه الوكيل بغير حضرته]

ومن أمر رجلاً يُسْلِم له في طعام ففعل، ثم غاب المأمور وطلب الآمر قبض طعامه؛ كان ذلك له إن أثبت أن السَّلَم له، وإن لم تكن بينة وأقر المُسْلَم إليه أن المسْلم اعترف له به بعد انعقاد السَّلَم له[1]، لم يلزمه أن يدفعه للطالب؛ لأنه يقول: أخاف أن يجحدني، وإنما دخلت على أن الطعام له والقبض إليه، إلا أن يعلم من المسلَم إليه أنه من أهل الدّين والفضل، وممن لا يجحد، فلا يظلم المُقر له ولا يمنع منه طعامه.

وإن كان اعترافه في حين السلَم فقال: أَسْلِم لفلان؛ كان عليه أن يدفع ذلك الطعام الآن، وإن كان المأمور يتخوف جحوده؛ لأنه دخل على أن الطعام لهذا، فلا يمنع قبض متاعه خيفة أن يجحده الآخر، وليس له أن يقول: احبسه ليقضيك[2] الغائب فيه.

---

(١) قوله: (له) زيادة من (ق ٤).

(٢) في (ت): (ليقضيها).

باب
في السَّلَم يؤخذ به رهن وهو[١] مما يغاب عليه فيدعي ضياعه فيريد[٢] المسلم والمسلم إليه أن[٣] يقاصه الرهن بالدَّيْن



(ب) ٣٦٦/أ

/ ومن أَسْلَم دنانير في عرض وارتهن بالعرض دراهم وطبع عليها، ثم ادعى ضياعها، فإن كان دفع الدنانير والدراهم معاً وبحضرة عقد السَّلَم، جازت المقاصة؛ لأنه لا تهمة فيما رجعا إليه؛ لأنهما لو شاءا أن يظهرا ذلك وقت السَّلَم جاز[٤]؛ لأنه صرف على مناجزة، فإن تأخر قبض الدراهم لم تجز المقاصة؛ لأنه صرف مستأخر.

وإن كان رأس مال السَّلَم والرهن دنانير وأحدهما أجود ذهباً وأدنى سكة؛ لم تجز المقاصة إذا اختلف الوزن، وسواء كان القبضان معاً أو مفترقين.

وإن تساويا في الوزن وكان القبضان بحضرة عقد[٥] السَّلَم جازت المقاصة، وليس هاهنا تهمة؛ لأنهما لو أرادا أن لا يظهراه سَلَماً ويجعلاه مراطلة جاز، وإن لم يكن الدفع معاً لم تجز المقاصة؛ لأنها مراطلة ليست يداً بيد.

وإن كان الرهن أدنى سكة أو وزناً أو عدداً، جازت المقاصة، وسواء كان قبض الرهن معاً أو مفترقاً، ولا يتهمان أن يظهرا سَلَماً ليعود إلى يده أقل، وإن

---

(١) قوله: (وهو) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (فيرد).

(٣) قوله: (أن) يقابله في (ب): (أو).

(٤) قوله: (جاز) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (عقد) ساقط من (ق ٤).

كان الرهن أجود سكة أو أكثر عدداً؛ لم يجز إذا كان القبض مفترقاً، وإن كان معاً جاز.

فصل
[في من أَسْلَم في عروض وأخذ عليه رهناً فهلك والمراعى في ذلك]

وإن أَسْلَم دنانير في ثوب كتان وأخذ ثوب صوف رهناً جازت المقاصة؛ لأنه إنما يراعي رأس مال السَّلَم في عين الرهن لا في قيمته، وعينه وقيمته في السَّلَم.

وقد قيل: يراعى رأس مال السلم وقيمة الرهن، **وليس بحسن**؛ لأن بياعات الآجال إنما يراعى فيها ما خرج من اليد وما عاد إليها، فإذا خرج من يده دنانير جاز أن يعود إليها عنها عروض، ولم ينظر إلى قيمتها مع رأس المال؛ لأنه لم تعد إلى يده قيمة.

وقول المرتهن في قوله[1] قد ضاع الرهن؛ متردد بين أمرين:

إما أن يكون صادقاً، فلا شيء عليه، أو كاذباً، فإنما أمسك عرضاً.

ثم المقاصة بعين الرهن والسَّلَم جائزة؛ لأن بيع ثوب كتان نقْداً بثوب صوف إلى أجل جائز، وكذلك قيمته إذا كان يقوَّم بالدنانير والدراهم فجائز أن يباع السَّلَم بها.

وكذلك إذا أَسْلَم دنانير في ثوب كتان وأخذ رهناً ثوب كتان من غير جنسه مما يُسْلَم أحدهما في الآخر، وإن كان جنساً واحداً وأحدهما أجود، فإن

---

(١) قوله: (قوله) زيادة من (ت).

كان الرهن أدنى ولم يَحِلَّ الأجلُ؛ لم تجز المقاصة ويدخله ضع وتعجل، وإن كان أجود دخله ضمان بجُعْل.

وإن ادَّعى ضياعه بعد محل الأجل جازت المقاصة إن كان الرهن شرطاً[١] في أصل العقد، وإن كان بعد ذلك لم يجز؛ لأنهما يتهمان أن يكونا أظهرا أنه رهن والقصد أن يأخذه من الدَّيْن وقت دفعه إليه.

فصل

[في من باع عرضاً بدنانير مؤجلة وارتهن دراهم، أو مما يكال أو يوزن، أو عرضاً وادعى ضياعه، ثم أراد المقاصة قبل الأجل]

وإن باع ثوب كتان بدنانير إلى أجل[٢] شهر وارتهن دراهم، ثم أراد المقاصة بها قبل الأجل؛ لم يجز وهو صرف مستأخر إلا على القول ببراءة الذمم.

وإن كان الرهن دنانير من سكة الدَّيْن وهي أقل عدداً فقاصه عن قدرها من الدَّيْن؛ جاز، وإن أخذها عن جميع حقه؛ لم يجز ويدخله ضع وتعجل، فإن كانت سكة الرهن أجود والوزن سواء؛ جاز، وإن كانت أدنى سكة؛ لم يجز.

وإن كان المبيع ثوباً بدنانير والرهن مما يكال أو يوزن جازت المقاصة؛ لأن أخذ ذلك[٣] الرهن[٤] عن رأس مال السَّلَم جائز، وأخذ عينه أو مثله عن الدَّيْن جائز.

(١) في (ق ٤): (بشرط).

(٢) قوله: (أجل) ساقط من (ب) و(ت).

(٣) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (الرهن) ساقط من (ب).

وإن كان المبيع ثوب كتان والرهن ثوب صوف وادَّعى ضياعه، وهو مما يقوَّم بالدراهم - لم تجز المقاصة إلا على القول ببراءة الذمم، أو تكون دعواه الضياع بعد محل الأجل، فيجوز؛ لأنها مصارفة يداً بيد.

وإن كان مما يقوَّم بالدنانير، كان الجواب على ما تقدم إذا كان الرهن دنانير، فتعتبر السكتان، هل هما سواء أو مختلفتان؟ وهل العددان سواء أو مختلفان؟ وهل قوله ذلك قبل محل الأجل أو بعده؟ ولا يعتبر هاهنا رأس المال؛ لأن إسلام ثوب كتان في ثوب صوف جائز.

وإن كان المبيع ثوب كتان بدنانير إلى أجل والرهن ثوب كتان من صنفه، ثم ادَّعى ضياعه، فإن كان الرهن معيناً مشترطاً في أصل البيع؛ فلا فساد في المقاصة من هذا الوجه، أعني: إذا اعتبر أصل المداينة، وكذلك لا فساد فيه إذا اعتبر أخذ عينه عن الدَّيْن، وإنما يعتبر قيمته على نحو ما تقدم في السؤال الذي قبل هذا، هل يقوَّم بدنانير أو بدراهم؟ وهل ذلك قبل الأجل أو بعده؟ وهل العدد والسكة سواء أو مختلفة؟

فإن لم يكن الرهن في أصل العقد ولا قبضه بالحضرة، جازت المقاصة إذا كان الرهن مثل الأول فأقل؛ فلا فساد من هذا الوجه، وإذا كان الرهن أجود؛ لم تجز المقاصة.

فصل

[فيمن باع حديداً أو طعاماً بدنانير إلى أجل وارتهن ثوباً أو طعاماً ثم ادَّعى ضياعه وأراد المقاصة]

فإن باع حديداً بدنانير إلى أجل وارتهن كتاناً أو غيره مما يقضى فيه بالمثل ثم ادَّعى ضياعه؛ جازت عنه المقاصة، لأنَّ إسلامَ الحديد في عين[1] الرهن جائز، وأخذ عين[2] الرهن أو مثله عن هذا الدَّيْن جائز.

وإن كان الرهن ثوب كتان أو غيره مما يقضى فيه بالقيمة؛ كان الوجه فيما يدخل من الفساد اعتبار قيمته لا عين الرهن.

(ب) ٣٦٦/ب

وإن باع قمحاً بدنانير إلى أجل/ وارتهن ثمراً، ثم ادَّعى ضياعه، فإن كان قبضه للرهن بحضرة دفع القمح؛ جازت المقاصة، وإن كان عن تراخٍ؛ لم يجز، إلا أن يكون الثمن أقل من قيمة القمح بالشيء البيِّن فيجوز.

وإن كان الرهن شعيراً، واستوى الكيل أو كان كيل الشعير أقل، وكان القبض معاً؛ جازت المقاصة؛ لأنهما لا يتهمان أن يظهرا بيعاً صحيحاً ليتوصلا إلى بيع قمح بشعير أدنى منه، وكذلك إذا كان الشعير أدنى كيلاً وقبضه متراخٍ عن قبض القمح، وإن كان الشعير أكثر كيلاً؛ لم تجز المقاصة بحال، وسواء كان القبض بالحضرة أو بعد المفارقة، وإنما[3] يعتبر الفساد في هذا

---

(١) في (ت): (غير).

(٢) في (ب): (غير).

(٣) في (ق ٤) و(ت): (وإن لم).

الأصل في أصل العقد، وأما[١] أخذ عين[٢] بعض[٣] الرهن أو مثله عن الدَّيْن؛ فجائز لا فساد فيه.

فصل

[فيمن أسْلَم في طعام وأخذ عليه رهناً فهلك]

وقال **ابن القاسم**[٤] في من أَسْلَم في طعام وارتهن ثوباً، وادَّعى ضياعه: لم تصلح المقاصة[٥].

يريد: إذا كانت قيمته ورأس المال سواء؛ لم تجز الإقالة[٦]؛ لأنهما يتهمان أن يجعلا الإقالة على عين الرهن، ويظهرا تلفه.

ولو علم أنه أحرقه لجازت الإقالة إذا كانت قيمته ورأس المال سواء، وإذا كان رأس المال عشرة وقيمته ثمانية؛ جازت الإقالة بقدر ما ينوبه؛ لأنه لم يسترجع من مثل رأس المال، فيدخله بيع وسلف، وإنما منع ذلك في الدنانير خيفة أن يكونا عملا على ذلك، ولا يتهمان أن يعملا على أن يرهنه ليفسده.

قال: وإن ارتهن تمراً في رؤوس النخل، أو زرْعاً فادَّعى هلاكه لم يضمنه؛ لأنه لم يغب عليه[٧].

---

(١) في (ت): (وإنما).

(٢) في (ت): (عن).

(٣) قوله: (بعض) زيادة من (ق ٤).

(٤) قوله: (ابن القاسم) يقابله في (ب) و(ت): (مالك).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٤.

(٦) في (ب): (المقاصة).

(٧) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٤.

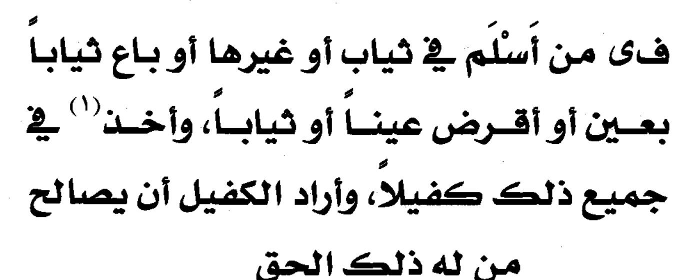
وكذلك لو كان الرهن تمراً في جرينه، أو زرْعاً في أندره، أو سفينة أو شيئاً من آلاتها، مثل أرجلها أو صواريها أو مراسيها، وما العادة أنه يكون على ساحل البحر ودخل على بقائه في موضعه؛ فإن القول قول المرتهن أنه ضاع من مكانه؛ لأن الراهن دخل على أن لا يغيب عنه المرتهن ويبقى إلى أمانات الناس.

وقال **ابن القاسم** في من أَسْلَم في طعام وارتهن فيه طعاماً مثله وختم عليه: فلا بأس[1].

قوله محتمل أنه أَسْلَم في سمراء وأخذ محمولة وما أشبه ذلك، وإن أراد أنه أخذ مثل الصفة والجودة كان ذلك أثقل ولا يفسخ، وليس بمنزلة من اشترى شيئاً بعينه يقبضه إلى أجل؛ لأن وجه المنع إذا اشترى على ألا يقبض إلا إلى أجل أنه يزيده في الثمن لمكان الضمان، وهذا في الرهن ضمانه من المرتهن بنفس الغيبة عليه.

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٣.

باب

فى من أَسْلَم في ثياب أو غيرها أو باع ثياباً بعين أو أقرض عيناً أو ثياباً، وأخذ[1] في جميع ذلك كفيلاً، وأراد الكفيل أن يصالح من له ذلك الحق

وقال ابن القاسم في من أَسْلَم مائة دينار في ثياب إلى أجل وأخذ منه بها كفيلاً، ثم صالح الكفيل الطالب قبل الأجل على ثياب أو طعام أو دنانير أو دراهم، قال: إن باع الكفيل إياها بيعاً والذي عليه الدَّيْن حاضر مقر حتى لا يكون للكفيل إلا ما على الغريم - فلا بأس به إذا باعها بما يحل، وإن صالحه عن الغريم بأمر؛ يكون فيه الغريم بالخيار إن شاء أجاز الصلح، وإن شاء أعطاه ما عليه فلا خير فيه[2].

قال محمد: ولا يشتريه الحميل إلا بمثل الثمن الذي نقده فيه مشتريه[3].

فيراعى فيما يصالح به الكفيل أربعة: الصنف الذي يدفعه الحميل هل[4] يجوز أن يؤخذ عن رأس المال وعن المسلَم فيه؟ وهل دفع ذلك عن نفسه أو عن الغريم؟ وهل حل الأجل وقت الدفع أم لا؟ وهل الصلح قبل أن يؤخذ بالقضاء عن الغريم أو بعده؟

وأما حضور الغريم ومعرفة ذمته فإنما يحتاج لذلك إذا اشترى ما على

---

(١) في (ت): (أو أخذ).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٣٩.

(٤) قوله (هل) ساقط من (ب).

الغريم لنفسه، ولا يراعى ذلك إذا كان الدفع عن الغريم.

وقال **محمد** في من باع دَيْناً له[١] على غائب، قال: إن عرف أنه حي قريب، وعُلِم ملاؤه من عدمه - فلا بأس. فإن لم يكن عليه بينة؛ لم يجز حتى يحضر ويقر[٢]، قال: ولا يجوز بيع ما على الميت وإن كان مقراً وعلم ما ترك؛ لأنه لا يدري ما يلحقه من دينٍ لم يعلم به، فلم يجز بيع ما على الغائب[٣] البعيد الغيبة؛ لأنه لا يدري ما طرأ على ماله[٤].

ولا أرى أن يجوز إذا قربت الغيبة وإن كانت عليه بينة؛ إلا أن يشهد أنه كان مُقراً حين غيبته، فإن كان منكراً لم يجز - وإن كان عليه بينة- لأنه بيع ما فيه خصومة، وقد يكون للغائب بينة على القضاء أو يخرج شهود الدين.

ويجوز شراء ما على الميت إذا كان ظاهر اليسار، وليس هو معروفاً بمداينة الناس، وقد فرق **ابن القاسم** في قسمة ماله بين الغرماء؛ بين من هو معروف بالدَّيْن، وغير معروف به.

وأما قول **ابن القاسم** في الحميل أنه لا يشتري إلا أن يكون الغريم مُقِرّاً بالدين، فيراعى الإنكار مع كون الحميل غارماً؛ لإمكان أن يثبت الغريم أنه قضى أو يدعي ذلك، فلا يستحق الدّين إلا بعد يمين الطالب، فإن نكل حلف الغريم وسَقَط الدَّيْن، فلم يصح ما اشتراه، وإن جحد الغريم أن يكون عليه دين أصلاً حلف وغرم الحميل، لم يجز للحميل أن يشتري قبل يمين الغريم؛

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧١.

(٣) قوله: (الغائب) زيادة من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧١.

لأن الثمن يختلف، فإذا نكل الغريم وحلف الطالب ثبت الدّين على الغريم فاشتراه بأكثر، وإن حلف وسقط الدين نظر كيف يشتريه بأرخص؛ لأنه/ يغرم ما لا يرجع له به وهو يخسر ما يشتريه به.

(ب) ٣٦٧/أ

ومحمل قول محمد أنه لا يشتريه إلا بمثل الثمن الأول، على أن الحمالة كانت شرطاً في أصل العقد.

وقد قال ابن القاسم في من أسلم إلى رجلين وبعضهما حميل عن بعض: لم يجز أن يقيل أحدهما[1]، فجُعِلت إقالة أحدهما سلفاً.

فأما إذا كانت الحمالة بعد العقد؛ فتضعف التهمة ويجوز أن يشتريه بمثل ما يشتريه به الأجنبي.

فصل

[فيمن أسلم مائة دينار، ثم صالح الكفيل عن دنانير أكثر منها أو أقل، أو على دراهم قبل الأجل وبعده]

وإن أسلم مائة دينار في ثياب ثم صالح الكفيل على دنانير أكثر من رأس المال - لم يجز الصلح عن نفسه ولا عن الغريم، وإن كان صالح على مائة فأقل؛ جاز إذا كان الصلح لتكون له الثياب؛ حلَّ الأجل أو لم يَحل.

واختلف إذا كان الصلح عن الغريم، هل يمنع للغرر؟ لأن الغريم بالخيار بين أن يدفع ما عليه فيكون بيعاً، أو مثل ما دفع الحميل فيكون سلفاً، أو يجوز؛ لأنه معروف من الكفيل، وأن القصد بمثل هذا التخفيف عن الغريم، وأن

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١١٩.

يخيره فيما هو أخف عليه فيقضيه، وليس القصد المكايسة ولا المبايعة، كما أجيزت العرايا وغيرها.

وإن صالح على دراهم لم يجز، سواء دفعها عن نفسه أو عن الغريم، قبل الأجل أو بعده؛ لأن الطالب خرج من يده دنانير، فلا تعود إليه دراهم.

وأرى إن كانت الحمالة بعد العقد ودفع الدراهم على وجه الشراء لنفسه أن يجوز.

وإن صالحه على شيء مما يكال أو يوزن لتكون له الثياب؛ جاز قبل الأجل أو بعده.

ويختلف إذا دفع ذلك عن الغريم؛ لأن الغريم بالخيار بين أن يدفع ما عليه فيكون بيعاً، أو مثل ما عليه فيكون سلفاً.

فصل

[في صلح الكفيل بالعُرُوض قبل الأجل وبعده، والأوجه في ذلك]

وإذا دفع عروضاً من غير جنس العروض المُسْلَم فيها، فإن دفعها ليكون له ما على الغريم؛ جاز.

ويختلف إذا دفعها عن الغريم، هل يجوز أو يفسد؟ لما كان الغريم بالخيار - وإن كانت هذه العروض من صنف العروض التي في الذمة ومثلها في الجودة والعدد- جاز قبل الأجل وبعده؛ لأنها قضاء.

وإن كانت أدنى صفة أو أقل عدداً لم يجز قبل الأجل؛ لأنه إن دفعها عن الغريم كان الآخذ[1] قد وضع وتعجل، وإن دفعها عن نفسه كان سلفاً بزيادة،

---

(١) في (ب) و(ت): (الآخر).

وإن دفعها بعد الأجل عن الغريم جاز، وإن كان ليكون له ما على الغريم ولم يجبر على القضاء لم يجز، وإن كان قد جبر على القضاء وقصد الطالب بالوضيعة غريمه رجع الحميل بما قضى عنه، وإن قصد هبة الحميل رجع بجميع الدَّيْن.

وإن كانت العروض التي دفع الحميل أجود صفة أو أكثر عدداً، فإن دفعها قبل الأجل لم تجز عن الغريم؛ لأن ذلك لما حط عنه من الضمان، وإن كان ليكون له الدَّيْن كان ضماناً بجُعْل، وإن حلَّ الأجل جاز، وسواء دفع عن نفسه أو عن الغريم؛ لأنه قضى أفضل، وقد قال النبي ﷺ: «**إِنَّ مِنْ خِيَارِكُمْ أَحْسَنَكُمْ قَضَاءً**»[1].

فصل

[في من أقرض رجلاً دنانير، وتكفل بها رجل، فدفع الكفيل قبل الأجل أو بعده دنانير أكثر أو أقل أو دراهم]

وإن أقرض رجلٌ رجلاً دنانير وتكفل بها رجل فدفع الكفيل قبل الأجل أكثر عدداً أو أجود صفة - جاز، وإن كانت أقل عدداً أو أقل صفة لم يجز ذلك عن الغريم؛ لأنَّ الطالب وضع عن الغريم[2] على أن تعجل، وإن[3] دفعها ليكون له ما على الغريم لم يجز؛ لأنه سلف بزيادة، وإن دفعها ليكون له الدين؛ لم يجز، إلا أن يكون قد جُبِر على القضاء، ورضي الطالب أن يأخذ خمسين ويفديه بمائة؛ لأنها هبة منه.

(١) سبق تخريجه في كتاب الصرف، ص: ٢٨٤٦.

(٢) قوله: (عن الغريم) زيادة من (ت).

(٣) قوله: (وإن) يقابله في (ت، وث): (ولا إن).

وإن دفع الحميل دراهم عن الغريم؛ لم يجز قبل الأجل؛ لأنه صرف مستأخر.

ويختلف إذا حلَّ الأجل؛ لأن الغريم بالخيار بين أن يدفع ما عليه أو مثل ما قضى عنه، وإن دفع عن نفسه؛ لم يجز قبل الأجل ولا بعده، إلا أن يكون قد جُبِر على القضاء فتكون مصارفة عما في ذمته.

وقال **محمد**: إذا كان دفعه بعد الأجل وبعد أن لزمت الحميل جاز ذلك بين الحميل وصاحب الحق، ويخرج الغريم ما عليه من الدنانير فيشتري بها دراهم حتى يرجع للحميل عدة ما دفع أو وزنه، فإن لم يوجد بالدنانير إلا أقل لم يكن للحميل غير ذلك، وإن كانت أكثر لم يكن له الفضل عليه[1].

والأول أبين. وإن دفع الكفيل شيئاً مما يكال أو يوزن لتكون له الدنانير التي على الغريم - جاز قبل الأجل وبعده.

ويختلف إذا دفع ذلك عن الغريم، وإن دفع عروضاً عن الذي عليه الحق؛ جاز قبل الأجل وبعده، ورجع بالأقل من قيمة العروض أو الدَّيْن، وإن دفعها ليكون له الدَّيْن؛ جاز، ورجع بالدَّيْن قل أو كثر.

فصل

[فيما يجوز أخذه من الكفيل، وما لا يجوز]

وقال **ابن القاسم** في من أسلم في سمراء: فلا يأخذ من الكفيل محمولة ولا شعيراً، وكذلك إذا كان أسلم في محمولة، لم يأخذ منه سمراء ولا شعيراً - وإن استوى الكيل حلَّ الأجل أو لم يحل- لأنه إن رجع بمثل ما أعطى كان بيع

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٥، ١٤٦.

الطعام بالطعام متأخراً وبيع الطعام قبل قبضه، وإن دفع مثل ما قضى كان سلفاً[١].

قال الشيخ: أما إن دفع محمولة أو شعيراً ليرجع بالسمراء فهو سلف بزيادة، ولا يجوز قبل الأجل ولا بعده، ولو حلَّ الأجل وجبر على القضاء؛ جاز ذلك، فإن قصد الطالب بذلك التخفيف عن غريمه رجع بمثل ما دفع؛ لأنه أدنى، وإن قصد مبايعة الحميل عما توجه له قبضه/ بالحضرة، جاز؛ لأنها مبايعة حاضرة، ولأن الشعير أدنى على كل حال، ولا يختار الغريم أن يغرم إلا شعيراً؛ لأنه أدنى.

(ب) ٣٦٧/ب

ويختلف إذا دفع محمولة والذي على الغريم سمراء؛ فعلى القول إنها أدنى يجوز، والقول إنها مما تختلف الأغراض فيها مع السمراء يجري فيها قولان على الأصل المتقدم، إذا دفع ما يكون الغريم فيه بالخيار.

وقال في كتاب الحمالة: لا يعطي[٢] عن السمراء سمراء أجود ولا أدنى، إذا كان الدَّيْن الذي على الغريم من بيع وإن استوى الكيل، قال: لأن الذي عليه الدَّيْن بالخيار إن شاء أعطاه مثل ما أعطى وإن شاء أعطى مثل ما عليه، فكان بيعاً، قال: ولا بأس بذلك في القرض إذا حلَّ الأجل[٣].

وأرى السَّلَم والقَرْض في ذلك سواء في الغرر؛ لأنَّ الغريم في جميع ذلك بالخيار بين أن يدفع ما عليه أو مثل ما قضى عنه، وإنما يفترقان في التعليل ببيع الطعام قبل قبضه، فإن ذلك يجوز في القرض، وأرى أن يجوز إذا دفع أجود بعد

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٠٧.

(٢) في (ق ٤): (يقضي).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١١٤.

الأجل؛ لأن الغريم لا يدفع إلا مثل ما عليه وإنما ذلك من الحميل حسن قضاء.

وكذلك إذا دفع أدنى صفة أو أدنى كيلاً ليرجع بمثل ما دفع فيجوز؛ لأن الغريم لا يختار أن يدفع إلا مثل ما قضى عنه، وإن دفع ذلك ليرجع بمثل ما في الذمة لم يجز؛ لأنه سلف بزيادة ولم يجز ذلك قبل الأجل في قرض ولا بيع، فلم يجز أن يدفع أدنى عن الغريم قبل الأجل ويدخله ضع وتعجل، ولا يكون له ما على الغريم؛ لأنه سلف بزيادة، وإن دفع أجود قبل الأجل لم يجز[(١)] في البيع؛ لأنه ضمان بجُعل من الطالب، أو حُطَّ عني الضمان وأزيدك إذا كان برضا الغريم.

فصل

[في ما يضمنه الكفيل وما لا يضمنه في القبض من الغريم]

وقال **ابن القاسم**: إذا قبض الحميل ما على الغريم فضاع عنده، فإن أخذه على وجه الرسالة لم يضمنه، وإن أخذه على وجه الاقتضاء ضمنه[(٢)].

قال في **كتاب محمد**: لأنَّ ذلك من السلطان إن قضى به السلطان خطأ[(٣)].

يريد: إذا قال الحميل للغريم: أنا أخاف أن أطلب بها عليك؛ لأني أخاف أن تغيب أو تعسر، فلا يجوز للحاكم أن يقضي بذلك للحميل، وإنما للحميل أن يقوم بالبراءة من الحمالة، فيلزمه أن يقضي ذلك للطالب إن كان حاضراً، وإن كان غائباً أخرج ذلك الحاكم من ذمة الغريم، ثم يوقفه على يد عدل،

---

(١) قوله: (لأنه سلف بزيادة... قبل الأجل لم يجز) زيادة من (ق٤) و(ث) و(ت).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١١٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٥.

ويبرئ ذمة الغريم، وتسقط الحمالة.

وإن قبض الكفيل الطعام من المُسْلَم إليه ثم باعه، فإن كان قبضه بوكالة من الطالب -برئ الغريم، وكان مقال الطالب مع الحميل، وهو بالخيار بين أن يغرمه مثل الطعام أو مثل الثمن الذي باعه به، وإن كان قبضه بغير وكالة من الطالب؛ كان مقال الطالب والمطلوب على[1] الكفيل في المثل ليس في الثمن.

فإن غرم المثل للطالب سقط ذلك الحكم وبرئ المطلوب، وإن أغرم المثل المطلوب للطالب[2] رجع به على الكفيل.

وإن كان قبض الكفيل من الغريم على وجه الرسالة؛ كان للطالب أن يأخذه بالمثل وليس بالثمن[3]، وكان للمطلوب أن يأخذه بالمثل أو بالثمن.

فإن أغرمه الطالب المثل؛ كان للمطلوب أن يغرم له مثل ذلك الذي غرمه ويأخذه بمثل ذلك الثمن.

وإن ابتدأ المطلوب بالكفيل، فأغرمه المثل أو الثمن، ثم لقيه الطالب؛ كان له أن يغرمه المثل؛ لأنه يقول: أُرْسِلَ لي معك شيء، فتعديت عليه، ثم يرجع على المطلوب[4]، فيغرمه المثل.

فصل

[في الكفالة برأس المال]

وإن كانت الكفالة برأس المال على أنه[5] إن أعسر المُسْلَم إليه اشترى به

---

(١) قوله: (على) يقابله في (ب): (مع).

(٢) في (ب): (الطالب للمطلوب).

(٣) قوله: (وليس بالثمن) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (المطلوب) يقابله في (ت): (الحميل إلى المطلوب).

(٥) قوله: (أنه) ساقط من (ق ٤).

مثل المُسْلَم فيه؛ جاز ذلك، وسواء كانت الكفالة[١] في أصل العقد أو بعده.

فإن كانت الكفالة برأس المال على أنه إن عجز المطلوب عن الأداء رد إلى المُسْلَم رأس[٢] ماله - لم يجز، سواء كانت الكفالة في أصل العقد أو بعده، فإن كانت في أصل العقد كان السَّلَم فاسداً إن كانت برضى المُسْلَم إليه، وإن كانت بغير رضاه لم يفسد السَّلَم وكانت الكفالة ساقطة، وإن كانت بعد العقد صح السَّلَم وسقطت الكفالة، وسواء كانت برضى المُسْلَم إليه أو بغير رضاه.

وقد كان بعض أهل العلم يذهب إلى فساد الكفالة برأس المال، وإن كانت ليشتري بها مثل المُسْلَم فيه، قال: لأنه لا يدري ما يشتري به ولا هل يوفي بالدَّيْن أم لا؟ وهذا غير صحيح؛ لأن الكفالة شيء معلوم لا غرر فيه، ولو كان هذا فاسداً؛ لم يجز اشتراط رهن الثوب والعبد؛ لأنه لا يدري ما يوفي من الدين بل هو أشد غرراً؛ لأنَّ الغرر في الثوب والعبد من وجهين:

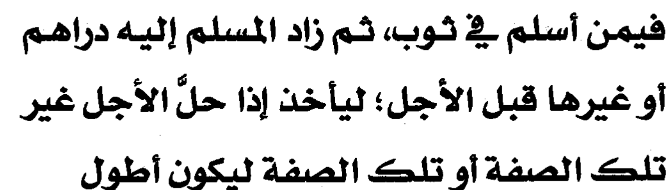
تغيره في نفسه، ونزول أسواقه وزيادتها، وأنه لا يدري ما يشترى به؛ والغرر في رأس المال من وجه واحد، وهو أنه لا يدري ما يشترى به. وهذا غير مراعى، ولو روعي ذلك لم يصح رهن، وإنما الاختلاف في الغرر في العبد الآبق والبعير الشارد، والثمر الذي لم يبدُ صلاحه، أو يقول الحميل: لا أقضيك حتى يموت المحتمل به، أو حتى يقضيك فلان.

---

(١) قوله: (الكفالة) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (رأس) ساقط من (ق ٤).

باب

فيمن أسلم في ثوب، ثم زاد المسلم إليه دراهم أو غيرها قبل الأجل؛ ليأخذ إذا حلَّ الأجل غير تلك الصفة أو تلك الصفة ليكون أطول

ومن أسلم في ثوب ثم زاد المسلم المسلم إليه دراهم ليعطيه إذا حلَّ الأجل أصفق أو أرق أو أعرض - لم يجز، وهو فسخ دين في دين/ ، ويجوز ذلك إذا حلَّ الأجل[1] وكان العرض الثاني حاضراً، أو يقوما ليقبضه قبل الافتراق، وإن زاده قبل الأجل ليأخذ أطول وهو على الصفة في الجودة؛ جاز ذلك عند ابن القاسم[2].

(ب) ٣٦٨/أ

وقال سحنون: هو فسخ دين في دينٍ[3].

والأول أصوب إذا كانت تلك الزيادة لا يرتفع لها ثمن الأول، ولا يزيد في ثمنه إلا على حساب ما زادت الأذرع التي أسلم فيها أخيراً، وإن كان ذلك مما يرتفع له ثمن الأول؛ لم يجز.

ويجوز مثل ذلك في الإجارة أن يزيده[4] ليجعله أطول، وإن كان في ذلك زيادة في الثمن؛ لأنَّ ثمن المنافع لا تتغير لذلك.

ولو تغيرت الصفة وكانت الإجارة ليعمل له ثوباً فنقله إلى عمل عمامة أو رداء - لم يجز؛ إذا كان العمل مضموناً، ويختلف فيه إذا كان معيناً.

---

(١) قوله: (الأجلُ) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١١٤.

(٣) النوادر والزيادات: ٦/ ٣٦٥.

(٤) قوله: (أن يزيده) ساقط من (ب).

فصل

[فيمن أقال من السَّلَم بعد أن زاد فيه]

وإن أخذ بعد الأجل من السَّلَم[1] أدنى صفة واسترجع شيئاً من رأس ماله؛ جاز إذا كان رأس مال السَّلَم مما تعرف عينه، أو مما لا تعرف عينه ولم يغب عليه وشهدت البيِّنَة أنه عين ماله، وإلا لم يجز ودخله بيع وسلف.

قال **محمد**: وإن نقد بعض الثمن؛ جاز أن يقيل مما نقد لا من بعضه، وأن يقيله مما لم ينقد ومن بعضه، ومما نقد ومما لم ينقد[2].

وأرى إذا نقد نصف رأس المال أن تجوز الإقالة منه؛ لأنه يقبضه[3] ما لم ينقد ولا يعود إليه شيء، وإنما[4] يكون قصاصاً بما لم يقبض، ويجوز أن يقيله من نصف المقبوض فيقاصه به مما لم ينقد ويقبض الباقي، وإن كان الذي نقد أكثر من النصف باليسير؛ جاز، ولم يتهم.

قال[5] **ابن القاسم** في كتاب **محمد** في بيع وسلف: إذا كان الذي يرجع الشيء اليسير، قاله في الذي باع نصف سلعة بطعام على أن يبيع له النصف الآخر، وضرب أجلاً فباع في بعض الأجل.

---

(١) قوله: (وإن أخذ... من السَّلَم) يقابله في (ب): (وإن أخذ في المُسْلَم إليه... في الصفة).

(٢) قوله: (وأن يقيله... ومما لم ينقد) يقابله في (ت): (وأن يقيله... ومن بعضه)، وانظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥١.

(٣) في (ب): (يقضيه).

(٤) قوله: (وإنما) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (قال) ساقط من (ق ٤).

فصل

[فيمن أسْلَم في ثياب موصوفة بذراع رجل بعينه ونحو ذلك]

وقال ابن القاسم في من أَسْلَم في ثوب بذراع رجل بعينه إلى أجل: لا بأس به إذا أراه الذراع، ويأخذ قياس ذراعه عنده، وقال مالك في من أَسْلَم في ويبة[1] وحفْنة بدرهم[2]: لا بأس به إذا أراه الحفنة[3].

يريد إذا كان البيع ويبة أو ويبتين وما قلَّ فإن كثر لم يجز؛ لأن الغرر يكثر ولا ضرورة بهما إلى[4] أن يجعلا كيل ذلك بالحفنة، وليجعلا جميع ذلك ويبة أو جزءاً من الويبة.

وقال في من أسلم في ثوب حرير لم يكن عليه أن يشترط وزنه[5].

وقال ابن حبيب: إن اشترط الوزن مع الصفة والذَّرْع[6] فجائز، وإن لم يفعل فجائز، وإن أراه المثل الذي يأخذ عليه فلا بأس.

---

(١) الويبة: أربعة أرباع، وقيل: عشرون مُدّاً. انظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، لعياض، ص: ٣٧٦.

(٢) قوله: (بدرهم) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١١٥ .

(٤) في (ب) و(ت): (إلا).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ١١٥ .

(٦) في (ت): (الذراع).



باب
في الإقالة في الطعام والثياب والعبيد

إقالة الطعام تجوز قبل قبضه على عين رأس المال وعلى مثله إذا كان رأس المال عيناً دنانير أو دراهم، وإن كان رأس المال[1] عَرْضاً أو عبداً، أو ما يقضى فيه بالقيمة؛ جازت الإقالة على عينه إذا لم يتغير في نقصه، ولم يجز على مثله ولا على قيمته.

واختلف إذا كان رأس المال شيئاً[2] مما يكال أو يوزن:

فقال ابن القاسم في كتاب محمد: لا[3] تجوز الإقالة على مثله ولا تولية[4] بمثله.

وأجازه أشهب في المجموعة[5].

وهو أحسن؛ إذا كان المثل مما لا تختلف فيه الأغراض في الغالب؛ كالحديد والنحاس والرصاص وما أشبهها.

وإن كان مما يتحصل فيه المثل كالكتان وما أشبهه؛ لم يجز.

وإن كان رأس المال تبراً أو ذهباً مكسوراً أو نقرة[6] فضة، فيسأل عنه أهل المعرفة، فإن قيل: إنه يقطع، أن هذا مثل الأول؛ جازت الإقالة، وإن قيل: إنه

---

(١) قوله: (عيناً دنانير... رأس المال) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (شيئاً) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (لا) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (يوليه).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٦.

(٦) في (ب): (نقر).

لا يحاط بمعرفة ذلك؛ لم يجز.

وقال مالك في كتاب محمد: ولا تقيل[(١)] من طعام غائب عنك[(٢)] ويدخله الدَّيْن بالدَّيْن، ولا توليه[(٣)] لأحد، وفي الواضحة: ولا يشرك فيه[(٤)].

وأما الإقالة فيستوي فيها الطعام والعُرُوض، وقد منع مالك ذلك في العروض إذا اشترى سلعة غائبة أن يقيل منها، وقال: أراه من الدَّيْن بالدَّيْن[(٥)].

وأجازه أشهب[(٦)]، وقاله يحيى بن عمر قال: لأن ذمم هذين تبرأ ولا تنعقد.

وعلى هذا تجوز الإقالة من الطعام وإن كان غائباً.

ويختلف في الشركة والتولية إذا كان الثمن الأول مؤخراً إلى أن يقبض الطعام؛ لأن الذمم تختلف فيها الأغراض كالعُرُوض.

وقد اختلف في من اشترى طعاماً حاضراً بثمن مؤجل ثم أشرك فيه عبده[(٧)] أو ولاه قبل الأجل، فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة[(٨)].

ومنعه ابن القاسم وأشهب في كتاب محمد[(٩)].

---

(١) في (ب): (يقيل).

(٢) في (ب): (عنها).

(٣) في (ب): (يوليه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٧.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٢٦٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٦.

(٧) قوله: (عبده) ساقط من (ق ٤) و(ت).

(٨) انظر: المدونة: ٣/ ١٨.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٦.

وقال أشهب: لا يصلح فيه إلا الإقالة وحدها، قال: وهو بمنزلة من وجب له طعام من إجارة أو اشتراه بعَرْض؛ فإنه لا[1] تصلح فيه إلا[2] الإقالة ما لم يفت العَرْض أو يعمل الأجير[3].

قال ابن حبيب: لأن الذمم تختلف، فليس ذمته وذمة الذي أشركه أو ولاه سواء، ولا بد أن يكون أحدهما أملى أو أعدم.

قال: ولو بيع الغائب بالنقد؛ لأنه قريب الغيبة[4] لجازت التولية فيه والشرك، ولا يدخله فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ، ولا بيع الطعام قبل قبضه[5].

فصل

[في ما يمنع من الإقالة في السَّلَم]

حوالة الأسواق في رأس المال إذا كان رأس المال ثوباً أو عبْداً لا يمنع الإقالة، وإن تغير في نفسه بزيادة أو نقص؛ لم يجز.

(ب) ٣٦٨/ب

والسَّمانة بعد الهزال والهزال بعد السَّمانة في الدواب فوت يمنع/ الإقالة، واختلف في مثل ذلك في الجواري؛ فلم يره في المدونة فوتاً[6].

وقال ابن حبيب: الهزال البيِّن بعد السَّمانة، والسَّمانة البيِّنَة بعد الهزال البين في الجواري فوت؛ إذا ظهر على عيب يوجب له الرجوع بقيمة العيب[7].

---

(١) قوله: (لا) ساقط من (ت) و(ب).

(٢) قوله: (إلا) ساقط من (ت) و(ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨.

(٤) في (ت): (القيمة).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨.

(٦) انظر: المدونة: ٣/ ١١٧.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٨٢.

فعلى هذا يكون هاهنا فوتاً ويمنع الإقالة.

وأرى أن ينظر إلى ما يقوله أهل المعرفة بقيمة الرقيق، فإن قالوا: إنما انتقل إليه من سِمَن[١] أو هزال ينتقل ثمنه لم تجز الإقالة، وإن لم ينقل ثمنه لم تمنع الإقالة.

واختلف في الحيوان إذا طالت مدته الشهرين والثلاثة: فقال هاهنا: ليس بفوت[٢].

وقال في كتاب **البيوع الفاسدة**: ذلك فوت وحمله على التغيير[٣].

والأول أحسن؛ لأنه يصح أن تمضي له مثل هذه المدة ولا يتغير، فكان حمله على ما كان عليه حتى يعلم غيره أو لا.

واختلف في من أسلم عشرة دنانير في طعام، ثم زاد المُسْلِم المُسْلَم إليه ديناراً، ثم ولي ذلك الطعام، فقال **محمد** مرة: يوليه على أحد عشر ديناراً، ومرة قال: لا تجوز فيه تولية بحال[٤].

والأول أحسن؛ لأنَّ الدينار ألحقه بالثمن، ولو كان ذلك في سلعة ثم استحقت لرجع بأحد عشر.

وقال في من أسلم في طعام بحميل أو رهن فولاه رجلاً على إن أسقط الحمالة؛ لم يجز، وإن أسقط ذلك قبل ثم ولاه؛ جاز؛ إذا تبين أنه أسقط ذلك عن بائعه[٥].

---

(١) في (ب): (سمان).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١١٧.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٨٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات : ٦/ ٥٢

(٥) انظر: النوادر والزيادات : ٦/ ٥٢.

بخلاف الزيادة إذا أسقطت؛ لأنَّ الثمن هاهنا على حاله، وإنما أسقط ما كان من التوثق وليس ذلك بثمن.

وقال **مالك** في كتاب **محمد** في من أسلم في أصناف تمر: فلا بأس أن يولي صنفاً منها بما ينوبه[١]. ويجوز على قوله الإقالة والشرك في كل صنف بما ينوبه.

وأجاز في **المجموعة** لمن أَسْلَم في طعام: قمح وشعير وعدس أن يولي صنفاً منها بما ينوبه[٢].

واختلف في من أسلم ثوبين في طعام فأقال من أحدهما بما ينوبه:

فأجازه **ابن القاسم** في العتبية[٣].

ومنعه **سحنون** في **المجموعة**، وقال: أخاف أن يكون بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنَّ الغلط يدخل في التقويم[٤]، وقد كره ابن القاسم بيع أحدهما مرابحة إذا اُشتريا في صفقة واحدة[٥].

فعلى هذا لا تجوز الإقالة ولا التولية في أحد أصناف الطعام.

وإن أقال من نصف الطعام جاز قولاً واحداً، ويسقط من السَّلَم من كل صنف نصفه، ويكون كل ثوب بينهما نصفين، بخلاف الإقالة على أحد الثوبين.

وأجاز **مالك** لمن أسلم عبْداً أو ثوباً في طعام أن يقيل من نصفه، **وليس**

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٩

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٣٦.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ٧٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٧.

بالبيِّن؛ لأنَّ الشرك[1] عيب.

فصل

[في مسائل في السَّلَم والإقالة منه والتولية]

وقال **مالك**: إن أسلم رجلان إلى رجل في طعام؛ جاز لأحدهما أن يقيل من نصيبه، أو يوليه، قال:[2] وليس للشريك على شريكه في ذلك حجة، وإنما الحجة فيها بين الشريك والبائع[3].

وقال **سحنون**: لا يجوز إلا بإذن شريكه في ذلك[4]؛ لأنه لا يجوز أن يتقاضى دون شريكه[5]. **والأول أحسن**؛ لأنَّ الشركة تضمنت عنده ألا يقتضي أحدهما دون الآخر، ولم يتضمن ألا يقيل؛ لأنها حل بيع.

وأجاز التولية ولم يرَ للشريك حجة في ذلك.

وقال **مالك**[6]: إذا باع أحد الشريكين كان لشريكه أن يدخل في الثمن[7].

والأول أحسن؛ لأنه إنما باع نصيباً شائعاً هو له.

وإن أسلم رجل إلى رجلين جاز أن يقيل أحدهما، إلا أن يكون أحدهما

---

(١) في (ب): (الشركة).

(٢) قوله: (قال) ساقط من (ق ٤).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١١٨.

(٤) قوله: (في ذلك) زيادة من (ق ٤).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٦٢٤.

(٦) في (ت): (محمد).

(٧) انظر: المدونة: ٣/ ١١٨.

حميلاً بما على صاحبه، وله أن يولي وإن كان حميلين.

وقال **أشهب في المجموعة** في من أسلم إلى رجل في طعام فولَّى نصفه؛ جاز لكل واحد منهما أن يقيل من جميع نصفه لا من بعضه، أو يقيلاه، قال:[1] وإن أَسْلَم رجلان إلى رجل فولى أحدهما رجلين أو وهبهما أو ورثاه؛ جاز لكل واحد أن يقيل البائع من جميع ما صار له لا من بعضه، أو يقيلاه[2].

والقياس في هذين الموضعين الجواز؛ لأنَّ المولي لم يكن بينه وبين المسلم إليه معاملة، وقد حمله على البراءة من التهمة؛ لأنه أجاز أن يقيله من جميع نصيبه، فلو حملهما على التهمة؛ لم تجز الإقالة؛ لأنَّ المسلم إليه قبض دينارين[3] ثم رد أحدهما بعد أن انتفع به، فإذا جاز أن يرد ديناراً جاز أن يرد نصف دينار، وكذلك إذا أَسْلَم رجلان إلى رجل فولَّى أحدهما من بعض نصيبه فينبغي أن يكون جائزاً، ولو كانت الإقالة من البعض بين الأول والثاني لم يصح؛ لأنه دفع شيئاً ثم استرجع بعضه.

وإن أسلم رجل إلى رجل في طعام ثم مات المسلم؛ جاز على قوله[4] إقالة بعض الورثة من جميع نصيبه لا من بعضه.

والقياس أن تجوز إقالة الوارث من البعض؛ لأن التهمة في بيع وسلف فيما بين المسلم إليه والميت دون ورثته، ولو كان ورثته في ذلك بمثابته؛ لم يجز أن يقيل أحد الورثة من جميع نصيبه.

---

(١) قوله: (قال) ساقط من (ق ٤).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨.

(٣) في (ت): (الدنانير).

(٤) أي على قول أشهب السابق.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن حلَّ الأجل ثم قبض المسلم بعض الطعام؛ لم يجز أن يولي ما قبض وما لم يقبض، ولا مما يقبض وحده.

وأجاز في العتبية التولية مما لم يقبض، وقاله ابن حبيب[1].

وهو أصوب ولا وجه للمنع؛ لأنه موصوف مضمون في الذمة، فالذي ينوب المقبوض والباقي سواء، وكذلك الشريك إن أشرك فيما قبض، وما لم يقبض؛ لم يجز.

ويختلف[2] إذا أشرك فيما لم يقبض وحده، ولا يصلح أن يقيل مما قبض/ ويدخله بيع وسلف، إلا أن يكون رأس المال شيئاً معيناً، ولا يصلح أن يقيل من الجميع مما قبض ومما لم يقبض.

(ب) ١/٣٦٩

قال مالك: إلا أن يكون المقبوض يسيراً كالخمسة والعشرة من المائة[3].

فصل

[في الإقالة في بيع العبيد بعد وجود عيب فيهم]

ومن باع عبْداً بثوب فأصاب العبدَ عيبٌ ثم تقايلا، فإن علم بالعيب صحت الإقالة، وإن لم يعلم كان بالخيار بين القبول والرد.

وإن هلك العبد ثم تقايلا ولم يعلم بائع العبد بهلاكه؛ لم تلزم الإقالة، وإن علم وأقاله على قيمته؛ لم يجز، إلا أن يكونا قد علما القيمة.

وإن أقاله على مثله؛ جازت الإقالة إذا كان المثل موجوداً في ملك مشتري

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٠.

(٢) في (ب): (واختلف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٠.

العبد، وسواء كان المثل حاضراً أو غائباً عن البلد، فإن لم يكن في ملكه جاز على أحد القولين في مسألة المرابحة إذا اشترى بعَرْض فباع على مثله، وعلى القول بجواز السَّلَم على الحلول أو إلى يوم أو يومين.

ولو أقاله على أن يأخذ المثل إلى مثل آجال السَّلَم، جاز؛ لأن البيع كان على معينين فلا يدخله فسخ الدَّيْن في الدَّيْن، وإن حدث العيب بالعبد أو هلك بعد الإقالة كانت مصيبته من بائعه على القول أن الإقالة حلُّ بيع.

ويختلف على القول إنها ابتداء بيع، هل تكون مصيبته ممن هو في يده أو ممن يرجع إليه قياساً على الاختلاف في المحبوسة بالثمن؛ لأن لمن بيده العبد أن يحبسه حتى يقبض الثوب، ولو كان ذلك سَلَماً أسلم عبْداً في ثوب جرى الجواب على ما تقدم، إلا أنه إن كانت الإقالة على المثل لم تجز، إلا أن يكون المثل في ملكه حاضراً بين أيديهم أو يقوما لقبضه، وإلا كان ديناً بدَيْن.

ومن أسْلَم في بلده وأقال بغيره جازت الإقالة، على أن يأخذ المثل في البلد الذي أقال فيه بالحضرة، وإن أقاله على أن يؤخر قبض المثل إلى البلد الذي أَسْلَم فيه لم يجز، وكان دَيْناً بدَيْن، ولو كان السَّلَم في طعام أسلم شيئاً مما يقضى فيه بالمثل فلقيه بغير بلد السَّلَم؛ لم تجز الإقالة بحال؛ لأن الإقالة على أن يتعجل المثل بموضع لقيه يدخله بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن ثمن ذلك في البلد أن يختلف، والإقالة على أن يؤخر القبض للبلد الذي كان أَسْلَم فيه يدخله دَيْن بِدَيْن.

فصل

[في ضمان الطعام المقال منه
بعد قبضه أو توليته أو الإشراك فيه]

ومن أقال من طعام ابتاعه بعد قبضه أو ولاه أو أشرك فيه، وكل ذلك قبل أن يغيب عليه لم يكن على كل[1] من كان في يده أن يكيله، وإن غاب عليه كان عليه أن يكيله في الإقالة والتولية.

واختلف في الشركة:

فلم ير **مالك** عليه أن يكيله، فقال في من اشترى طعاماً واكتاله في سفينة، ثم أتاه رجل فقال: أشركني فيه ففعل فغرقت السفينة قبل أن يقاسمه، قال: هلاكه منهما جميعاً[2].

وقال **فضل بن سلمة**: ينبغي أن تكون المصيبة من المشرك كالتولية، قال: ووجدت في بعض الكتب **لسحنون** قال: هذه مسألة سوء.

وقول **مالك أصوب**؛ لأن الشرك[3] يقتضي أن يكون له جزء: نصفٌ أو ثلثٌ أو ربعٌ، فهو بنفس القبول يكون شريكاً، إلا أن يدعو إلى المقاسمة.

وقال **ابن حبيب** في من أقال من طعام باعه فضاع بعد الإقالة: فضمانه من المقيل بائع الطعام إذا لم يغب عليه مشتريه، وإن كان قد اكتاله وغاب عليه كان ضمانه من المبتاع؛ حتى يكيله للبائع، وإن ولى الطعام كان ضمانه من المُولي حتى يكتاله المولى غاب عليه أو لم يغب حتى ضاع، إذا كان المولى قد اكتاله من البائع

---

(١) قوله: (كل) زيادة من (ق ٤).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٨.

(٣) في (ب): (الشريك).

الأول، إلا أن يوليه ذلك على التصديق، وجعل الجواب في الشركة مثل ما في المدونة؛ لأنه لا يحتاج إلى كيل.

وأرى ألا يكون على المولى كيل إذا لم يغب عليه مشتريه؛ لأن المشتري يقول أنت قد عاينت كيله، فإن كان على الوفاء فهو حقي على البائع مني، وإن كان فيه بخس فقد رضيته لنفسي ودخلت عليه أنت، بمنزلة لو اشتريت سلعة فاطلعت فيها على عيب، ثم وليتها وأنت عالم بالعيب.

وقال ابن القاسم في من أسلم دنانير ثم أقال عنها وهي حاضرة بيد المُسْلَم إليه، فأراد المُسْلَم إليه أن يعطى غيرها، فقال المُسْلِم: لا أجد غيرها - كان القول قول المُسْلَم إليه، وله أن يعطى غيرها(١).

وقال سحنون: ليس له أن يحبسها ويعطى غيرها وهو أقيس؛ لأنها بنفس الإقالة ملك للأول، فلا يجبر على أن يأخذ غيرها، وتكون مصيبتها على قوله من الأول.

وعلى قول ابن القاسم تكون مصيبتها ممن هي في يده حتى يسلمها.

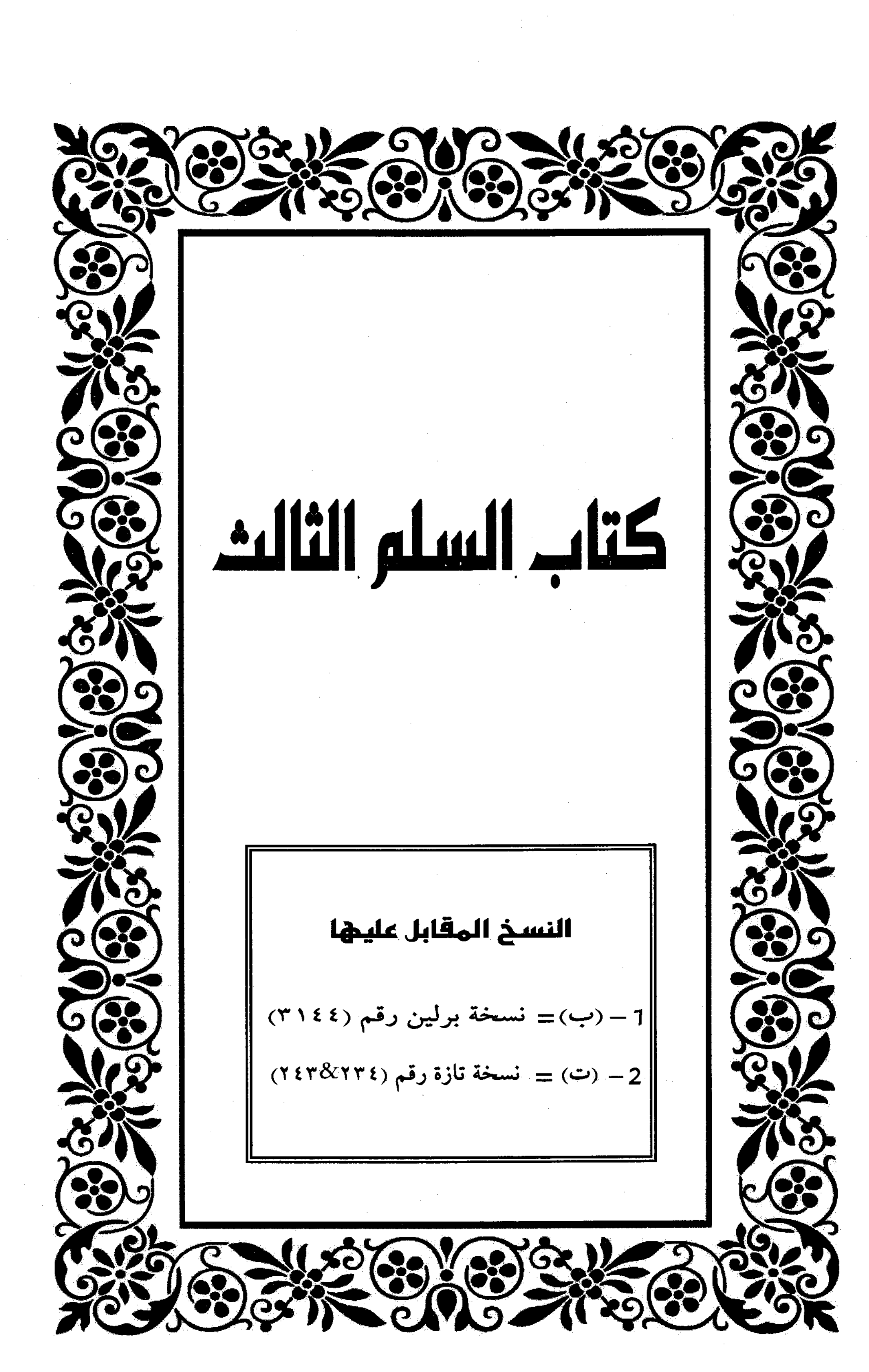
تم كتاب السلم الثاني من التبصرة(٢)،

والحمد لله حق حمده

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١١٩.

(٢) قوله: (من التبصرة) زيادة من (ت).



كتاب السلم الثالث

النسخ المقابل عليها

1 – (ب)= نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤&٢٤٣)



وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب السلم الثالث




باب
في إقالة المريض من السلم

وقال ابن القاسم فيمن أسلم مائة درهم في مائة إردب قيمتها مائتا درهم، ثم أقال منها في مرضه ولا مال له غيرها: يخير الورثة بين أن يجيزوا الإقالة، أو يقطعوا له بثلث ما عليه من الطعام ويأخذوا ثلثيه، وإن كان الثلث يحمل جميعه جاز ذلك وتمت/ وصيته، وإن لم يكن فيه محاباة فالإقالة جائزة[١].

(ب) ٣٦٩/ب

وقال سحنون: لا تجوز إقالة المريض إذا كان فيها محاباة؛ لأن فعل المريض موقوف لبعد الموت[٢].

قال أبو بكر ابن اللباد: لعل ابن القاسم أراد أن المريض مات مكانه[٣]. قال: ولو قيل: تفسخ الإقالة ما لم يمت، فإذا مات صارت ضرورة، كمن أقال وهرب بعد[٤] فقد قالوا: تصح الإقالة[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥١، ٥٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥١.

(٤) قوله: (بعد) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٢.

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: الإقالة على وجهين:

على البت، ووصية لبعد الموت؛ فإذا كانت على البت، وتناجزا وتقابضا جهلاً منهما بما توجبه الأحكام من حق الورثة، أو كانا عالمين بها للورثة في ذلك من الحق، وتقابضا على وجه الافتيات على الورثة، وعلم الورثة بذلك بعد الموت -كانت الإقالة جائزة.

وعلى هذا يُخَرَّج كلام **ابن القاسم**؛ لأن المسألة تتعلق بحق الله[1] سبحانه وهو[2] قوله: (تتعلق بحق الله) المناجزة، وقد كانت وتقدمت، والمقال الآن لحق آدمي وهم الورثة، ولا يقال فيما يراد لحق آدمي: إنه فاسد، والورثة بالخيار بين أن يسقطوا مقالهم فتمضي الإقالة أو يردوها، إلا أن يحملها الثلث.

وإن علم الورثة في الحياة فأجازوا؛ مضت الإقالة، وقد قيل في الأصل: إنه لا ينظر إلى إجازتهم وأن للحاكم أن يفسخ ذلك؛ لإمكان أن يكون الوارث غير من أجاز.

والأول أحسن؛ لأن هذا من النادر أن يموت الصحيح في حياة موروثهم الذي أشرف على الموت، فإن أرادوا الفسخ بأنفسهم الآن كان ذلك لهم، والفسخ إلى الحاكم إذا رفعوا ذلك إليه، فإن فسخوا بأنفسهم من غير حاكم كان ذلك على قولين، هل ذلك فسخ أم لا؟

وإن لم يفسخوه وقالوا لهما: رُدَّا الإقالة، فلم يفعلا حتى وقع الموت؛ مضت الإقالة إذا كان الثلث يحمل المحاباة.

والوصية بالإقالة على ثلاثة أوجه: جائزة، وممنوعة، ومختلف فيها بالجواز والمنع.

---

(١) في (ب): (يتعلق بها حق لله).

(٢) في (ت): (وهي).

فإن كانت الوصية إلى الورثة وقد وكلهم على أن يقيلوه كانت جائزة.

وإن كانت من الميت، فقال: إذا مت فقد أقلته وأوجب[1] ذلك له، كانت فاسدة، عَاقَدَهُ على ذلك المُسْلَمُ إليه أم لا.

وإن لم يوجب الإقالة كان فيها قولان: الإجازة والمنع، فأجاز في الكتاب الوصية[2].

وحكى ابن حبيب فيمن صرف ذهباً بورق في مرضه وحابى أو وصى[3] أن يصرف منه، وفيه[4] محاباة أو لا محاباة فيه أن ذلك جائز، قيل: وإن كان ينظر في ذلك بعد الموت، قال: قد قال قائل ذلك حرام للتأخير، قال: ولا أراه إلا حلالا؛ لأنه لم يرد التأخير[5].

وقد جمع ابن حبيب في هذا السؤال بين البت والوصية، وأجاز ذلك في الجميع، ومحمله في البت على أنهما تناجزا.

والحكم في الإقالة والصرف سواء، وكذلك النكاح: لا يجوز على الوقف.

وإن أوصى أن تزوج ابنته من فلان جاز، وإن أوجب هو ذلك ليكون تمامه بعد الموت لم يجز، وإن قال: إذا مت فقد زوجت ابنتي وكان الخيار ما بينه وبين أن يموت كانت على قولين، وقد مضى ذلك في كتاب النكاح الأول.

وإذا كانت الإقالة على البت كانت المحاباة في الثلث وحده خاصة، وإذا

---

(١) في (ت): (وأوجبت).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٢.

(٣) قوله: (أو وصى) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (وهو فيه).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٧٤.

الإقالة كانت على الوصية لبعد الموت؛ كان في الثلث جميع السلم، لمحاباته[(١)].

والفرق بينهما أن المريض غير ممنوع من البيع، وممنوع من الهبة، فإذا جمع عقد واحد بيعاً وهبة؛ مضى البيع، وكانت الهبة وحدها في الثلث، وإذا أخر البيع لبعد الموت؛ كان الورثة مالكين للثلثين بنفس الموت، فلم يكن له أن يبيع ذلك عليهم وإن استوفى الثمن.

ولم ير **ابن القاسم** أن يمضي من ذلك ما لا محاباة فيه كالعروض؛ لأن ذلك بيع الطعام قبل استيفائه، والمنع في ذلك شرعٌ لا لِتهمةٍ[(٢)].

ولو كان المسلم إليه هو المريض فأقال من السلم ولا شيء له سوى رأس المال، ولم يُجِزِ الورثة، وقيمة السلم يوم أقال أقلّ، فإن لم يجز الورثة اشترى من تلك الدراهم الطعام الذي عليه فقضى عنه، فما فضل بعد قضاء دينه كان للمسلم ثلثه، ولا يدخل في هذا بيع الطعام قبل استيفائه.

---

(١) في (ت): (لمحاباة).

(٢) في (ب): (للتهمة).

باب



إذا أسلم جارية في طعام فولدت ثم أقال منها



وإذا أسلم جارية في طعام فولدت عند المسلم إليه ثم أقال منها امتنعت[١] الإقالة؛ لأنه إن كانت الإقالة على أن يرد الولد معها كان ذلك زيادة، وإن كان[٢] على أن يحبسه كان نقصاناً[٣]؛ لأن كونها ذات ولد عيب يوجب الرد لمن اشترى أمة ولم يعلم.

وإن اشترط أن يبقى له ويكون الولد[٤] في حضانتها، فذلك أنقص لثمنها ويدخله التفرقة، وإن مات الولد وكانت حاملاً به حين أسلمت لم تجز الإقالة؛ لأنها كانت ذات عيب فذهب العيب.

وكذلك إن حدث عند المشتري مِنْ زنًا أو من زَوْجٍ زوجها المسلم إليه لم تجز الإقالة؛ لأن الزنا والتزويج عيب.

وإن كانت حين ولدت ذات زوج فولدت ثم مات الولد وتعالت من نفاسها جازت الإقالة.

---

(١) في (ب): (سقطت).

(٢) قوله: (إن كان) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (كان نقصاناً) في (ت): (نقص).

(٤) قوله: (الولد) ساقط من (ت).




باب
إذا أسلم غنماً أو نخلاً أو دوراً في طعام

(ب) ١/٣٧٠

/ قال ابن القاسم: إن أسلم غنماً أو داراً أو نخلاً في طعام فأكل من لبنها أو من تمرها وأخذ كراء الدور، فلا بأس بالإقالة بعد ذلك.

وهذا الذي قاله صحيح؛ لأن أخذ الغلة لا يمنع الإقالة إذا كان الأصل لم يتغير، فأخذ اللبن غلة، وسواء كانت في حين السلم ذات لبن أو حدث بَعْدُ.

وأما الصوف فلا تجوز الإقالة بعد جَزِّهِ؛ لأنه إن كان عليها في حين السلم فجزه كانت الإقالة على أقل من رأس المال، إلا أن يسلمه معها إذا كان قائماً، أو يحط ما ينوبه من الطعام إذا كان فائتاً، وإن حدث الصوف عنده فجزه لم تجز الإقالة؛ لأن الشاة تتغير في مثل تلك المدة.

وإن أسلم نخلاً لا تَمْرَ فيها فأقاله، وفيها تمر مأبور أو مُزْهٍ؛ جازت الإقالة والثمرة للمسلم إليه، ويؤخذ بجذاذها بالحضرة؛ لأن إطلاق الإقالة يقتضي رجوع الأصل على هيئة ما قبضت عليه، وليس ذلك بمنزلة بيعها ابتداءً؛ لأن الثمر على أنه لا تعلق له[1] فيها أفضل منه إذا كان على أن هناك حقاً في الدخول والخروج والتصرف[2] لأجل الثمار، فكان عليه رد الشيء على صفته، لا عيب فيها على ما كانت أسلمت[3] عليه.

وإن أسلمها وفيها ثمار غير مأبورة كان السلم فاسداً إلا أن يشترطها ربها على الجذاذ، وإن كانت مأبورة أو مزهية كان السلم جائزاً إلا أن يستثنيها

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (والتصرف) ساقط من (ت).

(٣) في (ت): (أسلفت).

مشتري الأصول، فيفسد عند **ابن القاسم**؛ لأنها وإن كانت في حين السلم علفاً غير طعام فإنه يراعى ما تؤول إليه في المستقبل، وأجاز ذلك **ابن مسلمة**[(١)] إذا لم تزه، قال: لأنها غير مقصودة، وأجازها **سحنون** في **السليمانية**، وإن طابت، قال: هو بمنزلة العبد يباع ويستثنى ماله، فلا بأس به نقداً أو إلى أجل؛ لأن ماله ملغًى، قال: وكذلك يقول بعض أصحابنا، وكذلك السيف المحلى بالفضة تبعٌ له.

وإذا كان السلم جائزاً على قول **ابن مسلمة** ثم تقايلا بعد أن انتقلت الثمرة إلى الإبار، أو كانت مأبورة فأزهت -لم تجز الإقالة؛ لأنها على أحد ثلاثة أحوال:[(٢)] إما أن يتقايلا على أن يسلما الثمار مع الأصول؛ فهي إقالة على أكثر من رأس المال، أو على أن تبقى لمشتريها؛ فهي إقالة على أقل من رأس المال، أو على أن يبقى ما[(٣)] ينوبها من الثمن فتفسد؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عَمِلا على ذلك في أصل العقد، فيكون بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

ولو عقدا على الثمرة وهي مزهية على قول **سحنون**، ثم انتقلت إلى اليبس لم تجز الإقالة لهذه الوجوه التي تقدمت، وإذا كانت الإقالة على أن تبقى بما ينوبها كانت التهمة على بيع طعام بطعام ليس يداً بيد.

وإذا أسلم عبداً في طعام فاستدان العبد ديناً، ثم أقال من ثمن الطعام؛ لم تجز الإقالة، إلا أن يقضي ذلك عنه سيده، أو يسقطه عنه صاحب الدين، فتجوز الإقالة، إلا أن يكون استدان ذلك بغير إذن مشتريه[(٤)]، أو يكون تداين

---

(١) في (ب): (سلمة).

(٢) في (ب): (أمور).

(٣) قوله: (يبقى ما) يقابله في (ب): (يتقايلا بها)، وفي هامشها كتب في نسخة (يبقى).

(٤) في (ت): (سيده).

في فساد، فلا تجوز الإقالة وإن أسقط عنه الدين.

وإذا أسلم دراهم في طعام، ثم تقايلا، وأخذ عن الدراهم دنانير -لم تجز الإقالة؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عَمِلا على ذلك، فيكون صرفاً مستأخراً.

وإن أخذ عن الدراهم عرضاً، لم يجز **ذلك**[١] عند **مالك**؛ خيفة أن تكون الإقالة في الباطن على ذلك العرض، ويجوز على أصل **أشهب**؛ لأن التهمة حينئذ[٢] ليست على شيء كان في أصل العقد، وإنما ينبغي أن يكون بيع الطعام قبل قبضه.

وقد أجاز أن يعطي الغريم لمن له السلم أقل من رأس المال ليشتري به طعاماً لنفسه، ولم يتهمهما أن يكونا عَمِلا على ذلك فيدخله بيع الطعام قبل قبضه.

وفرق بين الموضعين: فيمنع ما أدى إلى تهمة في أصل العقد؛ لأنها بيعة أجل، وبياعات الأجل مما يتهم الناس عليها، وإذا سَلِمَ[٣] العقد من التهمة لم يمنع فيما يكون بعد؛ لأنها من بياعات النقود، ولا يتهم فيها إلا أهل العينة.

---

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (حينئذ) ساقط من (ب).

(٣) في (ت): (أسلم).

باب



في التأخير في الإقالة والتولية ورأس مال السلم



وقال ابن القاسم: قال مالك فيمن أسلم في طعام أو عروض، فأقال من ذلك أو ولَّى ذلك رجلاً، أو باع السلم إن كان مما يجوز بيعه، قال مالك: لا يجوز أن يؤخره ساعة ولا يفترقان حتى تقبض ذلك من الذي وليت أو من صاحبك الذي أقلت، أو من الذي بعت، وإلا صار دينا بدين، وكذلك الصرف لا يجوز أن يفترقا قبل القبض، كذلك هذا[1].

قال الشيخ رحمه الله: والمعروف من المذهب أن الأمر في الإقالة أوسع من الصرف، وأنه تجوز المفارقة في الإقالة ليأتي بالثمن من البيت، أو ما قارب ذلك، والتولية وبيع الدين أوسع من الإقالة؛ لأنه لا يجوز تأخير الإقالة اليومين والثلاثة بشرط بغير خلاف، واختلف في التولية هل يجوز مثل ذلك في التولية وبيع الدين.

واختلف في الإقالة إذا وقع التراخي فيها بغير شرط على ثلاثة أقوال: فمنعه في المدونة، ورءاه ديناً بدين[2].

وقال مالك في كتاب محمد: بل يتبعه بالدنانير ولا يرجع في الطعام[3]، قيل له: إن المشتري يقول: إن الإقالة لا تصلح مستأخرة فأنا أرجع/ في طعامي، قال: ليس ذلك له.

(ب) ٣٧٠/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٣، ١٢٤.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٦.

وقال أشهب: إذا كانا من أهل العينة، فسخت الإقالة، وإن لم يكونا كذلك ولا عملا عليها رأيت أن يلح عليه حتى يأخذ[١]. وهذا تفسير لقول مالك.

فإن كانت تهمة فسخت الإقالة، وإن قام دليل على عدم التهمة؛ لأن ذلك كان لسفر حدث، أو لأنه حبس، أو كان من أهل الدين والثقة، بحيث لا يتهمان؛ مضت الإقالة، وإن لم يكن دليل تهمة[٢] ولا براءة؛ كان هو موضع الخلاف المتقدم.

والإقالة من العروض والطعام سواء، فإن كان رأس المال عيناً في الذمة؛ لم تجز الإقالة إلا على المناجزة، وإن كان السلم في الطعام، وكانا شَرَطَا تأخير رأس المال ثلاثة أيام؛ لم يجز تأخير الإقالة إلى مثل ذلك، وجازت إذا تناجزا، ولا يراعى ما كان من تأخير الثمن عند بائع الدنانير.

ولو أسلم رجل دنانير في طعام إلى سنة ثم أقال منها عند تمام السنة لجاز، وإن كان ذلك في معنى من أقال في أقل من رأس المال؛ لأن المسلم لها قد خسر انتفاع الآخر بها إلى[٣] سنة، وإذا لم يراع ذلك كان أحرى ألا يراعى انتفاع بائعها بها قبل أن يسلمها.

ولو أسلم رجل عبداً في ثياب على أن يدفع العبد بعد يومين، ثم أسلمه، ثم أقال من تلك الثياب، ليسلم[٤] العبد بالحضرة بمجرد الإقالة، ولم يكن لمن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٣٨.

(٢) قوله: (تهمة) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (إلى) ساقط من (ت).

(٤) في (ب): (لا يسلم).

كان في يده أن يقول يبقى في يدي يومين كالأول.

فصل

[في حكم التراخي في الإقالة في السلم إذا كان رأس المال شيئا معيناً أو طعاماً أو عروضاً]

وإن كان رأس المال شيئاً معيناً -عبداً أو ثوباً- وأقاله على ألا يقضيه إلا إلى يوم أو يومين؛ لم يجز ذلك في الطعام، ويدخله بيع الطعام قبل قبضه.

ويختلف فيه إذا كان السلم في عروض:

فيمنع على قول **ابن القاسم**، ويدخله عنده فسخ الدين بالدين.

ويجوز على قول **أشهب**؛ لأنه أجاز أن يأخذ من دين سلعة غائبة وتمراً لاستجذاذه[(١)].

وإن كان حاضراً فأمكنه منه فقام وتركه؛ جاز ذلك، وهو وديعة عنده، وإن أمسكه حتى يشهد بالإقالة[(٢)] وسقوط السلم؛ لم تفسد الإقالة على القول بأن المصيبة فيه من بائعه الأول، وعلى القول الأول[(٣)] أنه ممن هو في يده[(٤)] يعود الخلاف المتقدم.

وأن يجوز أحسن؛ لأنه إن أخذ بظاهر النهي عن فسخ دين في دين، قيل: هذا معين ليس بدين، وإن أخذ بالقول أنه معلل وأنه[(٥)] لئلا يزيد في الثمن

---

(١) في (ت): (لاستجذاذه استيناء).

(٢) قوله: (يشهد بالإقالة) في (ت): (شهد الإقالة).

(٣) قوله: (الأول) ساقط من (ت).

(٤) في (ت): (يديه).

(٥) قوله: (وأنه) ساقط من (ب).

لمكان الصبر؛ جاز. هذا أيضاً لأنه لا يزيده في الثمن لمكان حبسه في الثمن عنه حتى يشهد، وقد أجاز أن يأخذ من دين طعاماً يكثر كيله وتتراخى المناجزة فيه؛ لما كانت العادة أنه لا يختلف الثمن فيما يقبض من ساعته، أو يكون التراخي لأجل كثرة[1] كيله.

فصل

[في التأخير اليسير في عقد السلم]

واختلف في التأخير في بيع الدين: فمنع ذلك في **المدونة** إلا على المناجزة[2].

وقال **محمد**: يجوز تأخيره اليوم واليومين والإقالة غير هذا[3]. **وهو أصوب**، ولا فرق بين بيع الدين وعقد الدين، وهو السلم.

وقد اختلف في السؤالين جميعاً وهو[4] عقد السلم وبيعه، فقيل: يجوز تأخير ذلك اليوم واليومين. وقيل: لا يجوز أن يفترقا قبل أن يدفع فيهما جميعاً، **وهو أقيس**، فإما أن يؤخذ بمجرد النهي عن بيع الكالىء بالكالىء، فلا يجوز أن يفترقا في السؤالين جميعاً على أن الذمتين مشغولتان، ولا يجوز إلا أن يدفع هذا رأس المال، وهذا ثمن الدين، ويكون الدين في ذمة واحدة، أو يقال: إن تأخر هذا القدر معفو عنه في جنب أجل السلم وأجل الدين، فيجوز في الجميع.

---

(١) قوله: (كثرة) ساقط من (ت).

(٢) في (ت): (التناجز). وانظر: المدونة: ٣/ ٨٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٦، بلفظ: ومن كتاب محمد: قال مالك: ولا خير في السلم إلى يوم أو يومين، كان في طعام أو ثياب أو حيوان. قال ابن القاسم: وكرهه ابن المسيب، وربيعة، والليث. قال محمد: فإن نزل، فلو فسخ كان أحب إلي، ولم أصرح به لاختلاف قول مالك فيه.

(٤) قوله: (وهو) ساقط من (ب).

ولو كان[1] أجل السلم قريباً إلى يومين أو ثلاثة لم يجز أن يشترط تأخير رأس المال إلى يومين، وكذلك بيع الدين إذا كان الدين[2] حالاً، أو بقي من أجله هذا القدر؛ لم يجز تأخير رأس المال بحال، وكان ديناً بدين، وإن ولى طعاماً وكان دفع رأس المال فيه بفور العقد؛ كانت التولية فيه[3] على مثل ذلك، ولا يجوز تأخير القبض.

وإن كانا شرطا تأخير رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام، وكانت التولية بفور العقد -لم يقبض رأس المال من المولَّى إلا بعد مضي[4] ثلاثة أيام، فإن كانت التولية بعد مضي ثلاثة أيام جرت التولية على قولين:

أحدهما: أن إطلاق التولية يقتضي التأخير إلى مثل ذلك، وإن شرطا التعجيل فسدت.

والآخر: أنها تقتضي التعجيل والقبض بالحضرة، فإن شرط التأخير إلى مثل الأول فسدت. وهذا قياس على الشفعة إذا كان الشراء بثمن مؤجل، فقام الشفيع بعد انقضاء ذلك الأجل؛ لأن الشفيع إنما يستشفع بمثل ذلك الثمن، وكذلك التولية تجب بمثل ذلك الثمن أمرهما واحد.

---

(١) قوله: (كان) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (الدين) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (مضي) ساقط من (ب).

فصل

[في تأخير رأس مال السلم بعد الإقالة من غير شرط، وتأخيره حتى يحل الأجل عمداً أو مطلاً]

واختلف إذا كان الثمن عيناً في الذمة، فأقاله فتراخى قبض رأس المال من غير شرط على ثلاثة أقوال: فمنعه في **المدونة**، ورءاه ديناً بدين. وقال **مالك** في **كتاب محمد**: بل يتبعه بالدنانير، ولا يرجع في الطعام، قيل له: إن المشتري يقول: إن الإقالة لا تصلح مستأخرة فأنا أرجع في طعامي، قال: ليس ذلك له.

وقال **أشهب**: إن كانا عَمِلا على ذلك، أو كانا من أهل العينة، فسخت الإقالة، وإلا رأيت أن يلح عليه حتى يأخذ[1].

وهذا[2] **أصوب**، فإن كانت تهمة فسخت الإقالة، وإن كان ذلك لسفر حدث أو غيره / من العذر، أو كانا من أهل الدين والثقة، مضت الإقالة، وإن لم يكن دليل تهمة ولا براءة؛ كان هو موضع الخلاف المتقدم.

(ب) ٣٧١/أ

واختلف إذا تأخر رأس المال من غير شرط حتى حل الأجل، فقال ابن القاسم: أراه من الدين بالدين ولا يجوز، وأجازه في **كتاب محمد**.

وأرى أن يعتبر رأس مال السلم، فإن كان مثل ما كان سلم الناس جاز، وإن كان أكثر مثل ما يكون ثمناً لما يقبض يداً بيدٍ؛ كان فاسداً، وذلك تهمة، وإن كان التأخير بهرب من أحدهما لم يفسد السلم.

---

(١) سبق تخريج هذه الأقوال، ص: ٣٠٥٤.

(٢) في (ب): (وهو).

وقال ابن حبيب: إن كان التأخير من المسلم بمطل[١] أو التراخي حتى حل الأجل، كان المسلم إليه بالخيار بين أن يقبض الثمن ويعطي ما عليه، أو يفسخ السلم؛ لأن السلم إنما أرخص[٢] لتعجيل الثمن قبل أوان حلوله وانتفاع المسلم إليه[٣] بثمنه، فإذا حرم ذلك لم يلزم دفع السلم[٤].

وإن كان التأخير من سبب المسلم إليه حتى حل الأجل كان السلم لازماً، وكذلك من باع طعاماً بثمن إلى أجل فلم يقبض الطعام حتى حل الأجل، قاله ابن القاسم وغيره.

وقال مالك في مختصر ما ليس في المختصر فيمن أسلم في حنطة ثم وجد درهماً ناقصاً انتقض من السلم بقدره، فعلى هذا ينتقض السلم إذا تأخر رأس المال وإن كان بهرب من أحدهما؛ لأن محمل الزائف والنقص على غير التهمة.

---

(١) في (ت): (مطلا).

(٢) في (ب): (يترخص).

(٣) قوله: (إليه) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٩، بلفظ: قال ابن حبيب: نحو ما تقدم أنه لا يفسد إلا بالشرط. وزاد: إذا مطله برأس المال، أو ببعضه والتوى به حتى حل الأجل، فالبائع مخير، إن شاء أخذ منه بقية رأس المال، وأعطاه طعامه، أو يعطيه حصة ما نقده فقط، إن كان نقده بعضًا، وإن لم يلتو المشتري بالثمن، وإنما ذلك بسبب البائع، فالطعام كله لازم له، وليأخذ ما بقي له، وكذلك من باع طعامًا بثمن مؤجل، فلم يقبض المشتري بعض الطعام حتى حل الأجل، فإن كان البائع مطله به، لم يلزم المبتاع إلا ثمن ما قبض، وإن مطله البائع، فلم يقبض، فليؤد بقية الثمن، ويأخذ جميع الطعام.

باب



فيمن أسلم ثياباً في حيوان، ثم استقال من ذلك السلم أو من بعضه



ومن أسلم ثوبين في فرسين ثم استقال من ذلك السلم، فإنه لا تخلو الإقالة من أن تكون: على أعيان الثوبين، أو مثلهما، أو على عين أحدهما، أو على مثله، أو على عين أحدهما ومثل الآخر.

فإن أقال على أعيانهما جاز، وكذلك إن زاد شيئاً من صنفهما، أو من غير صنفهما، وكانت الإقالة على جميع السلم أو عن بعضه، ما خلا وجهاً واحداً، وهو أن تكون الزيادة من صنف المسلم فيه، فلا يجوز[١] أن يعجل قبل أجله، وإن أخر إلى أجله جاز.

وإن كانت الإقالة على مثلهما من غير زيادة، أو أخذهما عن جميع الدين جاز، وإن كان معهما زيادة، أو أخذهما عن بعض السلم دخله سلف بزيادة.

وكذلك إن أقاله على مثل أحدهما عن جميع الحق جاز، وإن أخذه عن بعضه لم يجز ودخله بيع وسلف، وكذلك إن أخذه عن جميع السلم ومعه زيادة، فهو بيع وسلف، فالثوب الذي رجع إليه سلف، والزائد بيع، والذي في الذمة من الفرسين بيع بالثوب الباقي.

وإن أقاله على عين أحدهما لأنه مثل الآخر[٢] من غير زيادة جاز، إذا[٣] كانت الإقالة عن جميع السلم، ولا يجوز عن بعضه، وهو سلف بزيادة؛ لأن

---

(١) زاد في (ت): (على).

(٢) قوله: (لأنه مثل الآخر) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (إذا) ساقط من (ب).

المعين الذي رجع إليه[١] لغو، كأنه لم يسلم، والآخر الذي هو مثل الباقي سلف، وما معه زيادة لأجل السلف.

وكذلك إن أخذه عن بعض السلم والباقي في الذمة زيادة لأجل السلف.

وقد اختلف في موضعين:

فالأول: إذا كانت الإقالة على عين أحدهما على أحد الفرسين على أن يعجل الباقي؛ فأجازه **ابن القاسم** في **كتاب محمد**، ورأى أنه إنما أخذه على أنه حقه ليس على وجه السلف[٢]. ولا خلاف فيمن عجل ديناً عليه ثم فلس ألا مقال لغرمائه فيه، ولو كان سلفاً لأخرجه وتحاصوا فيه.

والثاني: إذا رد مثل الثياب وزيادة: فأجازه **ابن القاسم** في **كتاب محمد**، وقال: كل ما خرج عن يدك[٣] بمناجزة مما له مثل فلا تأخذ في ثمنه إلا ما يجوز أن تبيعه به إلى أجل، قال: ولا يدخل ذلك في الثياب مع المناجزة ولا فيما لا يجب فيه إلا القيمة في التعدي[٤].

---

(١) قوله: (إليه) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٦٤، ١٦٥. والنوادر والزيادات: ٦/ ١٢٣، بلفظ: قال ابن القاسم: وإن باعه عبدين بدنانير إلى أجل، ثم أقاله من أحدهما فلا يجوز حتى يسمي كم للذي أقاله منه من الثمن اتفقت قيمتها أو اختلفت.

(٣) في (ت): (ملكه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.




باب
في الشركة والتولية في الطعام

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم عن سليمان بن بلال، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سعيد بن المسيب، عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، إِلا مَا كَانَ مِنْ إِقَالَةٍ أَو شِرْكٍ أَو تَوْلِيَةٍ**»[1].

وقال **مالك**: أجمع[2] أهل العلم على أن لا بأس بالإقالة والشركة والتولية[3].

وذكر **أبو الفرج** عن **مالك** أنه منع الشركة. ووافق **الشافعي** و**أبو حنيفة** في الإقالة وحدها؛ لأنها عندهما حل بيع. واختلف فيمن اشترى طعاما بثمن إلى أجل ثم أشرك فيه قبل أن يكتاله: فقال **مالك** في **المدونة**: لا بأس بذلك[4]، وعلى قوله تجوز التولية.

وقال **ابن القاسم** في **كتاب محمد**: لا يحل أن يولي حتى يقبضه[5].

قال **أشهب**: لا يصلح فيه إلا الإقالة وحدها، قال: وهو بمنزلة من وجب له طعام من إجارة أو اشتراه بعرض فلا يصلح فيه إلا الإقالة فقط ما لم يفت العرض، أو يعمل الأجير، فلا تصلح إقالة ولا غيرها[6].

---

(١) أخرجه البخاري: ٢/٧٤٨، في باب الكيل على البائع والمعطي، من كتاب البيوع في صحيحه، برقم (٢٠١٩)، ومسلم: ٣/ ١١٦٠، في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع، برقم (١٥٢٦)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٦٤٠، في باب العينة وما يشبهها، من كتاب البيوع، برقم (١٣١٠).

(٢) زاد في (ت): (بعض).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٧، والموطأ: ٢/ ٦٧٦.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨.

(ب) ٣٧١/ب

واحتج ابن حبيب في منع الشركة والتولية باختلاف الذمم، قال: فليس / ذمته وذمة الذي أشرك أو ولي سواء، يكون أحدهما أملى أو أعدم ولا يمكن أن يكون الاستيفاء منهم واحدا[1].

وإن اشترى طعاما غائبا قريب الغيبة واشترط النقد جاز فيه الشرك والتولية، وإن كان بعيد الغيبة مما لا يجوز النقد فيه واشتراه على ألا ينقد إلا بعد قبضه جاز فيه الشرك والتولية على قول مالك، ولم يجز على القول الآخر؛ لأن الذمم تختلف، فأشبه من اشترى بثمن إلى أجل.

ويختلف في الإقالة هل تجوز؛ لأن الذمم تبرأ من الآن، أو لاتجوز؛ لأنه يأخذ طعاما غائبا[2] عن دين، فيدخله فسخ دين في دين، وبيع الطعام قبل قبضه.

فصل
[في اشتراط المعاوضة في الشركة والتولية والإقالة في الطعام]

قال محمد: وإن أشركته في طعام ابتعته على أن أشركك في طعام ابتاعه، أو قال: أوليك على أن توليني، أو أشركك على أن توليني، أو أقيلك على أن تقيلني، أو تشركني أو توليني، لم يجز[3]؛ لأنهما خرجا بذلك عن المعروف إلى المكايسة والمبايعة ودخلا في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨.

(٢) قوله: (غائباً) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٨، بلفظ: ومن كتاب ابن المواز، قال مالك: وإن أشركته في طعام ابتعته، على أن أشركك في طعام ابتاعه، لم يجز ذلك.

فإن قال: أشركني وأشركك، وكان رأس المال سواء؛ كان محمل شركتهم بيع أحد الطعامين بالآخر، وذلك جائز؛ لأن الثمن لغو لا يخرجه واحد منهما.

وإن كان رأس مال أحدهما دنانير والآخر دراهم، أو عيناً والآخر عرضاً -فسدت الشركة؛ لأنها خرجت عن وجه المعروف لما شرط أحدهما بيع الطعام بالآخر[1].

وإن قال: أقيلك على أن تقيلني؛ جاز إن تساوت رؤوس الأموال؛ لأن مآل أمرهما إلى[2] بيع أحد الطعامين بالآخر؛ لأنه لا يخرج أحدهما للآخر شيئاً، وإن اختلف رأس المال أو استوى واختلف الطعامان؛ لم يجز.

وإن قبض المشتري بعض الطعام جاز تولية ما قبض، والشرك فيه، ولا يجوز أن يولي ما قبض وما لم يقبض، ولا أن يشرك فيهما. واختلف هل يولي ما لم يقبض وحده؟

فمنعه ابن القاسم في كتاب محمد، وأجازه ابن حبيب[3].

وقال محمد فيمن أسلم في طعام فقبض بعضه، فأعسر بما بقي فأقاله منه: لم يجز ذلك في طعام ولا عرض، ويدخله بيع الطعام قبل قبضه مع البيع والسلف[4]. لأنه لما قبض بعضه صار لما قبض منفعة، فكانت[5] إقالة بمنفعة، قال: فإن رد المقتضي ما اقتضى وأقاله من الجميع لم يجز، وهو بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن ما اقتضى صار مالاً من ماله، فلم يقِله مما بقي حتى ولاه قمحه

---

(١) قوله: (بيع الطعام بالآخر) في (ت): (على الآخر).

(٢) قوله: (إلى) ساقط من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٩.

(٥) في (ت): (فصارت).

الذي اكتاله.

قال محمد: إلا أن يكون الذي قبض يسيراً مثل خمسة من المائة، وإن قبض عشرة من المائة فأرجو أن يكون خفيفاً[(١)].

فصل

[فيمن اشترى سلعة ثم سأله آخر أن يشركه فيها]

وقال ابن القاسم في رجلين اشتريا عبداً، فقال لهما رجل: أشركاني فيه، ففعلا، قال: له ثلث العبد؛ لأنهما إنما أرادا أن يكون فيه كأحدهما[(٢)].

فجعل له الثلث؛ لأن ذلك القصد عنده، ولو كان المشتري واحداً؛ كان له النصف على قوله، وأصله في الشرك عنده أنه لا يقع على جزء معلوم. وقد قال فيمن أعطى رجلاً مالاً قِراضاً على أن له شركاً من الربح إنه فاسد[(٣)]. لأن قوله: "شرك" لا يتضمن جزءاً معلوماً، وقال غيره: هو جائز، وله النصف[(٤)].

فإذا كان ذلك عند ابن القاسم لا يقع على جزء معلوم، كان القول قولهما فيما دون ذلك.

وفي كتاب ابن سحنون فيمن قال لفلان في هذا العبد شرك معي، أو لم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٠.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٨.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٦٣٣. بلفظ: قلت: أرأيت إن قال له: اعمل، على أن لك شركا في المال أيرد إلى قراض مثله؟ قال: نعم ؛ لأن هذا بمنزلة من أخذ مالا قراضا، ولم يسم له من الربح، ولا مال رب المال فعمل، فهؤلاء يردون إلى قراض مثلهم.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٦٣٣. بلفظ: (قال سحنون: وقال غيره: إذا قال لك شرك في المال ولم يسم شيئا وتصادقا فذلك النصف).

يقل معي، ثم قال: وهو العشر؛ كان القول قوله، وصل الكلام أو لم يصله؛ لأن الشرك يقل ويكثر، وكذلك الدار[١].

قال **ابن سحنون**: وقال بعض أصحابنا: له النصف، وفرق بعضهم فقال: إن قال: معي صُدّق، وإن لم يقل: معي، لم يُصدّق، وأجمعوا أنه إذا وصل كلامه بقوله: له[٢] شرك الثلث أنه[٣] يصدّق[٤].

وإن قال: هذا العبد لي ولفلان، أو بيني وبينه، ثم سكت، فيسأل بعد ذلك، فقال: له الثلث أو السدس، وقال الآخر: النصف، فذكر الخلاف المتقدم، قال: ولو قال له معي فيه حق لصدق فيما يقر به[٥].

وقال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: قوله له فيه شرك معي، أو لم يقل معي[٦]، أو هو بيني وبينه، أو له فيه حق، كل ذلك سواء، وهذه الألفاظ لا تتضمن المساواة، ويصح أن يؤتى بها مع اختلاف الأجزاء.

وإذا كان ذلك، كان القول قول المقر أنه أراد ذلك، فإن خالفه الآخر، أخذ ما أقر له به، وتحالفا في الجزء الذي اختلفا فيه على أصل **ابن القاسم**، فكان ذلك الجزء بينهما نصفين، فإن قال المقر: له الربع، وقال الآخر: النصف، أخذ الربع بإقراره، وتحالفا في الربع، وكان بينهما؛ لأن الإقرار بالربع إقرار منه بأن يد الآخر معه على ذلك العبد وإن كان في بيت المقر.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ١٢٨.

(٢) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (أنه) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ١٢٨.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ١٢٨.

(٦) قوله: (معي) ساقط من (ت).

ولو كان الإقرار بطعام أو بدراهم وقال: كانت الشركة في نصفه، وهو الذي قبضت وأضفت إليه نصفاً؛ كان القول قول المقر، وإن قال: كانت أيدينا على جميع هذا[1] الطعام إلا أن الذي لك الربع، لم يقبل قوله، وقيل له: سلّم الربع واقتسما الربع بعد أيمانكما.

---

(١) قوله: (هذا) ساقط من (ت).

باب




فيمن اشترى سلعة فأشرك فيها رجلاً على أن ينقد عنه أو ينقد هو عن المشرك

(ب) ٣٧٢/أ

/ وقال ابن القاسم فيمن اشترى سلعة، ثم سأله رجل أن يشركه فيها فقال: أشركك على أن تنقد عني؛ لم يجز، وهو بيع وسلف[1].

فإن نزل فسخ، إلا أن يسقط السلف، فإن كان السلف من المشتري، فقال: اشتر وأشركني وانقد عني، أو قال: اشتر وأشركني ثم بعد انعقاد الشراء قال: انقد عني؛ جاز ذلك في كل شيء الصرف والطعام والعروض، وبيع النقد والأجل؛ لأن الشراء انعقد عليهما جميعاً.

ولو اشترى لنفسه فبعد أن عقد البيع قال: أشركني وانقد عني، أو قال: أشركني، فلما أشركه، قال: انقد عني؛ لم يجز في الصرف، وجاز في العروض إذا لم يكن سلماً في الذمة، وسواء أشركه بشرط النقد أو تَطَوَّعَ بالنقد بعد أن أشركه.

فإن كان سلماً في الذمة فأشركه على أن ينقد عنه؛ لم يجز، وإن أشركه بغير شرط ثم رضي أن ينقد عنه جاز.

وجعل الجواب في الطعام على ثلاثة أوجه:

معيناً حاضراً، أو معيناً غائباً، أو[2] سلماً في الذمة.

فإن كان حاضراً؛ لم يجز أن يشركه على أن ينقد عنه، وإن أشركه بغير شرط ثم قال: انقد عني، ولم يكن الأول نقد؛ جاز، وإن كان قد[3] نقد لم يجز.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٩.

(٢) في (ت): (و).

(٣) قوله: (قد) ساقط من (ت).

وقال **ابن القاسم** أيضاً: لا بأس إذا سأله بعد أن ينقد عنه[(١)]. ولم يراع نقد الأول أو لم ينقد. وإن كان الطعام سلماً في الذمة لم تجز الشركة إلا أن ينقد بالحضرة، قال **ابن القاسم** مثل الصرف حرفاً بحرف. يريد أنه لا يجوز أن ينقد الأول بشرط ولا بتطوع.

قال: وإن كان الطعام غائباً لم يجز فيه شرك ولا تولية وإن كان معيناً؛ لأنه يصير ديناً بدين[(٢)]. قال **محمد**: إلا أن ينقد حصته قبل أن يفترقا[(٣)].

والجواب في الصرف صحيح؛ لأن الشركة في جميع هذه الوجوه كبيع مبتدأ، فلا يجوز أن يتطوع بالصبر في الصرف، كما لا يجوز إن كانت مصارفة من غير شركة.

وأما العروض تكون سلماً في الذمة، فمحمل قوله في منع الشركة بشرط النقد على[(٤)] القول في التولية أنها لا تجوز إلا أن ينقد[(٥)]، ويجوز على القول الآخر أن ينقد بعد[(٦)] اليومين والثلاثة، كتأخير رأس مال السلم.

ومنع الشركة في الطعام الحاضر بشرط النقد؛ لأنهما خرجا عن وجه المعروف[(٧)]، وإن كانت بغير شرط؛ صحت، ثم كان تطوعه بالنقد معروفاً أيضاً، ومنعه في القول الآخر، خيفة أن يكونا عَمِلا على ذلك[(٨)].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٩.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٠.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٨.
(٤) في (ت): (وعلى).
(٥) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٩.
(٦) في (ت): (إلى).
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥١.
(٨) انظر: المدونة: ٣/ ١٢٩.

باب



في بيع زراريع ما يكون منه طعام وبيع التوابل قبل أن تستوفى



قال **مالك**: لا بأس ببيع زريعة الفجل الأبيض الذي يؤكل وزريعة الجزر، والسِّلق، والكراث قبل أن تستوفى، وكذلك كل زريعة لا تراد للأكل وإنما يزرع منها ما يؤكل، وإن كان [١] تراد للأكل في نفسها؛ لم تبع قبل أن تستوفى إلا أن يكون ذلك نادراً[٢].

واختلف قول **مالك** في التوابل: الكزبر، والقرنباذ[٣]، والفلفل وما أشبه ذلك، فقال في **المدونة**: لا يباع قبل أن يستوفى[٤]. وأجاز ذلك في مختصر ما ليس في المختصر[٥].

---

(١) في (ب): (كانت).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٣١.

(٣) قوله: (والقرنباذ) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٣٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٤.



باب
في بيع الطعام قبل قبضه

قال النبي ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» اجتمع[1] عليه الموطأ، والبخاري ومسلم[2]، فبيع الطعام قبل قبضه يمنع بثلاثة شروط:

أن يكون من بيع على كيل، أو وزن، أو عدد مما يحرم التفاضل فيه، واختلف إذا كان مما يجوز التفاضل فيه، وإذا كان في ضمان البائع على غير كيل.

فأما ما يجوز فيه التفاضل فالمعروف من قول **مالك** المنع؛ لعموم الحديث: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً»، ولم يفرق.

وروى عنه **ابن وهب** أنه قال: ما[3] لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه[4].

وقال في **كتاب محمد** فيمن اشترى تيناً وزناً ثم قال: زن لي بنصفه عنباً أو بطيخاً، ونصفه تيناً: أرجو أن يكون خفيفا، لا بأس به، وقال **محمد**: لا خير فيه[5]. ومحمل قول **مالك** في التين على[6] أنه مما لا يدخر كالشتوي أو صنف يدخر عُجِّلَ جناه في وقت لا يدخر، وهذه المسألة أصل في جواز التفاضل فيما أصله الادخار إذا كان هذا في نفسه لا يدخر، وكأنه حمل الحديث على ما كان غالباً أنهم يتبايعونه ويسلمون فيه، وهو التمر، وقاس عليه جميع المدخرات.

---

(١) في (ب): (أجمع).

(٢) سبق تخريجه في أول الكتاب، ص: ٣٠٦٢.

(٣) قوله: (ما) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المعونة: ٢/ ١٤.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤٣.

(٦) قوله: (على) ساقط من (ت).

واختلف في الجزاف إذا كان في ضمان بائعه: فقال **ابن القاسم** في **كتاب محمد** فيمن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهراً بغير كيل: لا يبعه حتى يحتلبه[(١)]. وأجازه أشهب[(٢)].

وقال **مالك** في **العتبية**[(٣)] فيمن اشترى جزءاً من ثمرة: لا يبعه حتى يقبضه، ثم رجع عن ذلك[(٤)]، ولا فرق بين الجزء والجميع.

وقال في **كتاب محمد** فيمن ابتاع ثمرة حائط غائب لم يره: لم يجز أن يبيعه حتى يراه؛ لأنه في ضمان البائع[(٥)]. يريد إذا كانت يابسة؛ لأنه لا يسقط الضمان وإن رضيه[(٦)] إلا فيما كان يابساً، والمنع في جميع ذلك **أحسن**؛ لعموم الحديث.

وقد قال **مالك**: نهى في الحديث «عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ»[(٧)] أن ذلك في الطعام[(٨)]، فبأي وجه كان الطعام في ضمان بائعه، فإنه يمنع من بيعه.

(ب) ٣٧٢/ب

ويختلف/ على هذا في الصبرة إذا كانت محبوسة بالثمن على القول أن

---

(١) في (ب): (يحلبه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٩.

(٣) قوله: (في العتبية) ساقط من (ب).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٢٩٦، ٢٩٧، والنوادر والزيادات: ٦/ ٣٨.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٨.

(٦) قوله: (وإن رضيه) في (ت): (رضيه).

(٧) حسن صحيح، أخرجه أبو داود في سننه: ٢/ ٣٠٥، في باب في: الرجل يبيع ما ليس عنده، من كتاب الإجارة، برقم (٣٥٠٤)، والترمذي في سننه: ٣/ ٥٣٣، في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من كتاب البيوع، برقم (١٢٣٤)، والنسائي في المجتبى: ٧/ ٢٨٨، في باب بيع ما ليس عند البائع، من كتاب البيوع، برقم (٤٦١١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣١.

المصيبة من البائع.

واختلف إذا أمكن منها هل يبيعها قبل نقلها؟ فقال **مالك** مرة: لا بأس بذلك[١].

وقال في **العتبية**: أحب إلي أن يؤخذ في ذلك بالحديث فيمن اشترى طعاماً جزافاً قال: لا يباع[٢] حتى ينقل من مكانه[٣].

يريد: حديث ابن عمر، قال: رَأَيْتُ النَّاسَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ إِذَا تَبَايَعُوا[٤] طَعَاماً جُزَافاً يُضْرَبُونَ أَلاَّ يَبِيعُوهُ في مَكَانِهِمْ، حَتَّى يُئْوُوهُ إِلَى[٥] رِحَالِهِمْ. اجتمع عليه البخاري ومسلم[٦]، وذكره مالك في الموطأ، ولم يقل جزافاً[٧]، وأخذ به الشافعي، وأبو حنيفة، وقال مالك في تفسير ابن مزين: إنهم كانوا يريدون بيعه بالدين، وأما بالنقد، فلا بأس.

ولا فرق بين النقد في ذلك والدين إذا بيع من غير بائعه، واتباع الحديث أولى.

واختلف في المكيل هل المنع معلل أم لا؟ فقال أبو محمد بن عبد الوهاب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٨.

(٢) قوله: (قال: لا يباع) في (ت): (ألا يباع).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١١٧.

(٤) في (ت): (ابتاعوا).

(٥) في (ب): (في).

(٦) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٦/ ٢٥١٣، في باب كم التعزير والأدب، من كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة في صحيحه، برقم (٦٤٦٠)، ومسلم: ٣/ ١١٦٠، في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع، برقم (١٥٢٧).

(٧) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٤٠، في باب العينة وما يشبهها، من كتاب البيوع، برقم (١٣١٢).



وأبو الفرج وغيرهم من البغداديين: المنع لأجل العينة[١]. وقيل: شرعاً، وهو أحسن.

ولو كانت العلة العينة، لجاز بيعه من بائعه بأقل، ومن غير بائعه بأقل وأكثر، وهذا الأصل فيما كان المنع فيه خيفة العينة، ويكون على قولهم الطعام والعروض سواء.

وقال[٢] **محمد** فيمن باع طعاماً قبل قبضه وقبض الثمن وذهب المشتري بالطعام، قال: يأخذ الثمن من البائع الآخر، ويقام به للغائب فيشتري به طعاماً، فإن كان أقل من الكيل الأول كان الباقي ديناً على الغائب يتبع به، وإن كان أكثر وُقف له[٣]، **ورأى** أن البائع الأول قد برئ بذلك الكيل؛ لأنه وفى بما عليه، والتعدي في البيع إنما كان من البائع الآخر، وليس من البائع الأول تعد، واستحسن في **السليمانية** إذا اشترى طعاماً أن يعاد إلى يد الأول حتى يوصله إلى يد[٤] من اشترى منه.

---

(١) انظر: المعونة: ٢/ ١٤.

(٢) في (ت): (وفي كتاب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٢. وعبارته: (قال ابن القاسم: ومن باع طعامًا من بيع قبل استيفائه، فقبضه مبتاعه، وغاب عليه، ولم يقدر عليه ليرده، فإنه يؤخذ الثمن من البائع الآخر، فيبتاع به طعامًا مثله فيقبضه، فإن نقص عن مقدار طعامه، فله اتباع الغائب بما نقص، وإن فضل شيء من الثمن، أوقف ذلك للغائب، فيأخذه إن جاء، وإن كان كفافًا برئ بعضهما من بعض).

(٤) قوله: (يد) ساقط من (ب).

فصل

[في الطعام يجب عن نكاح أو صلح أو ثمن كتابة أو غير ذلك فيبيعه قبل قبضه]

وإذا وجب الطعام عن[1] نكاح أو خلع أو مصالحة عن دم أو كراء دار أو غير ذلك، لم يجز أن يباع حتى يقبض؛ لأن كل هذه معاوضات وداخلة في قول النبي ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً...»[2].

واختلف فيمن باع كرمه أو حائطه واستثنى منه كيلاً، قال ابن القاسم: أكره بيعه قبل قبضه، ثم رجع عنه وقال: لا بأس به[3]، فذهب في القول الأول إلى أن المستثنى مشترًى اشتراه البائع من المشترى منه، والقول أنه يبقى[4] على الملك الأول أحسن.

وقال ابن القاسم في المكاتب يكاتب بطعام: يجوز لسيده أن يبيعه من المكاتب قبل قبضه؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت، ولا يبيعه من أجنبي؛ لأن السيد لو دبر عبده جاز أن يبيع خدمته منه، ولا يبيعها من أجنبي[5].

ولا فرق بين المسألتين، فإما أن يقال: إن الكتابة دين ثابت، كما قال ابن عمر، فلا يباع الطعام من المكاتب ولا من غيره، أو يقال: ليست بدين ثابت، فيباع منه ومن الأجنبي.

---

(١) في (ب): (على).

(٢) سبق تخريجه في أول كتاب السلم الثالث، ص: ٣٠٦٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٩. بلفظ: ومن باع ثمر حائطه، واستثنى منه كيلاً، يجوز أن يستثنيه. وقد كره مالك بيعه قبل قبضه، ثم رجع فأجازه.

(٤) في (ب): (مبقى).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ١٣٢.

وقد منع سحنون فسخ الكتابة في غيرها إذا لم يعجل العتق؛ لأن فيه شبهة الدين، فكذلك بيع الطعام[١].

وأرى أن يجوز ذلك من العبد وغيره إذا كانت الكتابة على قدر الخراج؛ لأنها غلة، وإن كانت أكثر بالشيء البين، أو كانت إنما ينالها بما يستعين من الناس ألا يجوز بيعه؛ لأنه يصير ثمناً للرقبة.

وقال مالك في النصراني يبتاع الطعام من نصراني: لا أحب للمسلم أن يشتريه منه قبل قبضه[٢].

فلم يره محرماً؛ لأنهم غير مخاطبين بفروع الإسلام، والحديث متوجه لمن كان مسلما بقوله ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[٣]، وسواء كان اشتراه النصراني من نصراني أو مسلم، فإن كان المسلم هو المشتري لم يجز أن يبيعه من نصراني قبل قبضه قولاً واحداً.

فصل
[في المواعدة في الطعام قبل قبضه ومن ابتاع طعاما بعينه أو بغير عينه فيريد بيعه قبل قبضه]

قال ابن القاسم: ولا يواعد أحداً في بيع الطعام قبل قبضه، ولا يبيع طعاماً ينوي أنه يقضيه من طعام اشتراه؛ بعينه كان، أو بغير عينه[٤]. والمواعدة

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٣٢. بلفظ: قال سحنون: وإنما يجوز إذا تعجل المكاتب عتق نفسه.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٣٨.

(٣) سبق تخريجه في أول كتاب السلم الثالث، ص: ٣٠٦٢.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٣٥.

في هذا كالمواعدة في الصرف.

وقد اختلف في المواعدة في الصرف: فكره ذلك **مالك**[١]، ومنعه **أصبغ**، وأجاز هذا[٢] **ابن نافع**.

وأجاز **مالك** في كتاب **محمد** الخيار في الصرف[٣]، والمواعدة في هذا أخف.

وكذلك إذا عقدا بيعاً على طعام في ذمته، ونيته أن يقضيه من ذلك الطعام، فالعقد ماض ولا تأثير للنية في العقد، وقد أجيز التعريض في النكاح، فكيف بمن يضمر هذا ولا ينطق به.

وقيل: المعنى: لا يبيع طعاماً ينوي أنه يقضيه من طعام عليه. وهذا أبعد؛ لأنه يستحيل صرف النية فيه إذا كان عليه طعام فطُلب بقضائه، وليس عنده، فلا يجري إليه. إلا بشراء.

وإنما الاختلاف إذا جعل للطالب أن يقضيه من المشتري منه أخيراً: فمنع ذلك **ابن القاسم**، إلا أن يقضيه الغريم من البائع آخراً ثم يقضيه[٤]. وأجازه مرة، فقال فيمن عليه طعامٌ من سلم فأعطى الطالب مثل رأس ماله ليشتري ذلك لنفسه: فلا بأس به[٥].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٩٦.

(٢) في (ب): (وأجازها).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٧٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٣، بلفظ: ومن الواضحة: وكره مالك أن يقول لغريمه: تعال حتى أشتري طعامًا من فلان، ثم أقضيكه، لوجهين: وجه كأنه له اشتراه، فكأنه قضاه دراهم واشتراه لنفسه فيدخله أنه قضاء له قبل قبضه، ولا ينبغي للطالب أن يدله على طعام يبتاعه لقضائه، أو يسعى له فيه، أو يعينه عليه، أو يجعل له فيه.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٦، والبيان والتحصيل: ٧/ ٧٧. بلفظ: قال ابن القاسم: سمعت مالكا قال في رجل أقرض رجلا طعاما إلى أجل، فلما حل الأجل قال له غريمه: =

فإذا جاز للطالب أن يشتري الطعام على ذمة المطلوب، ثم يقبضه لنفسه؛ جاز أن يشتريه الغريم ثم يجعل للطالب قبضه. وقد قيل: إن هذه إقالة[١]، **وهو خطأ**؛ لأنهما متفقان أنه أخذ ذلك على وجه الوكالة، ولو ضاع الثمن كانت مصيبته من الباعث، وإن ثبت/ أنه اشترى ذلك للغريم ثم قبضه منه جاز، وأجازه **أشهب**[٢] وإن أخذ أقل[٣] من رأس المال؛ لأنه أخذه على أنه وكيل وأن يشتري على ذمة الباعث، ولو دخل على أنه يمسك ذلك لنفسه لم يجز، ويجوز على قوليهما إذا أعطاه أكثر من رأس المال واشترى بنيته وكل ذلك راجع إلى القضاء عن البيع، هل هو بيع أم لا؟

(ب) ٣٧٣/أ

والقول إنه ليس ببيع أحسن[٤]؛ لأن البيع المتقدم لم يكن في عين[٥] هذا الطعام، وإنما قضاه عن دين تَقَدَّمَ تَقَرُّرُهُ في الذمة، وإنما جاء الحديث: **«مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ»**[٦]، ولم يقل فلا يقضه.

وقد أجاز **مالك وابن القاسم وأشهب** لمن أسلم في حنطة أو اشترى حنطة بعينها أن يأخذ بكيلها شعيراً[٧]، وإن تقارَّا أنهما أرادا المبايعة ولم يقصدا المعروف.

= بعني طعاما أقضيك. قال: إن ابتاع منه بنقد فلا بأس به.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٤١.

(٣) قوله: (أقل) ساقط من (ت).

(٤) في (ت): (أولى وأحسن).

(٥) في (ت): (غير).

(٦) سبق تخريجه، ص: ٣٠٦٢.

(٧) انظر: المدونة: ٣: ٨٣، والنادر والزيادات: ٦/ ٤٢.

وكذلك من أسلم في سمراء وأخذ محمولة[١] يريدها للزريعة جاز وإن اعترف أنه قصد المبايعة جاز[٢]، وإن كان مما ينطلق عليه بيع الطعام قبل قبضه.

ويختلف في المقاصة قياساً على ما تقدم في القضاء.

فإن أسلم رجلان كل واحد لصاحبه في طعام كيلاً واحداً وصفة واحدة، ثم أرادا المقاصة، وتساوت رؤوس الأموال؛ لم يجز عند **ابن القاسم**[٣].

وقال **أشهب** في كتاب **محمد**: يجوز ويكون[٤] إقالة[٥].

يريد: أنهما لواتهما أنهما[٦] عَمِلا على ذلك في حين عقد السلم الثاني؛ جاز، وكانت إقالة، فإذا سَلِمَا من التهمة جازت المقاصة؛ لأن الثاني قضاء عن الأول، والقضاء بخلاف البيع.

ويلزم **ابن القاسم** أن يجيزه على ما تقدم له إذا وكله على أن يشتري لنفسه، فإذا اختلف رأس المال لم يجز، فإن كان الثاني أكثر دخله سلف بزيادة، وإن كان أقل؛ كانت إقالة على أقل من رأس المال، فإن خفي ذلك لهما، وكان باطنهما على الصحة أنهما يسلمان؛ جازت المقاصة؛ لأنه قضاء.

وكذلك إذا كان لرجل قِبَلَ رجل طعام فأحاله المطلوب على من له عليه

---

(١) انظر: المدونة: ٣: ٨٣، والنوادر والزيادات: ٦/ ٤٢.

(٢) قوله: (جاز) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٣٦، وعبارته: قلت: أرأيت إن أسلمت إلى رجل في كر حنطة إلى أجل من الآجال، ثم أسلم إلي في كر حنطة مثله إلى ذلك الأجل، فأردنا أن نتقاص قبل محل الأجل يكون ما له من الطعام علي بما لِيَ عليه من الطعام أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا. قلت: وكذلك إن حل الأجل؟ قال: نعم. قلت: ولم؟ قال: لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى.

(٤) في (ب): (وتكون).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤٧.

(٦) قوله: (اتهما أنهما) في (ت): (أنهما اتهما لجاز يكون).

طعام من سلم، فمنعه **ابن القاسم**[١]؛ لأن الحوالة عنده بيع، فيدخله بيع الطعام قبل قبضه.

وأجازه **أشهب** إذا تساوت رؤوس الأموال قال: ويكون تولية[٢].

يريد: أنهما يَسلَمَانِ من التهمة؛ لأنهما لو شاءا جعلاها تولية، وإلا فهما مُقران أنهما لم يقصدا إلا الحوالة والقضاء، ولو كان ذلك فاسداً لم يجز أن يطرح ما اعترفا به على أنفسهما من الفساد ليصح غيره. فإن اختلف رأس المال، وكان أحدهما أكثر -الأول أو الآخر- لم تجز الحوالة على قولهما.

وإن كان أحدهما من سلم والآخر من قرض جازت المقاصة عند **ابن القاسم** إذا حلَّا[٣].

وأجازه **أشهب** إذا حلَّ أحدهما[٤].

وذكر **ابن حبيب** عنه أنه قال: يجوز إذا حل السلم[٥]. وقال **ابن حبيب**: تجوز وإن لم يحلا[٦].

وهو أبين؛ لأن الذمم تبرأ من الآن.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤٥.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ١٨٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤٥.

(٥) انظر: النوادروالزيادات: ٦/ ١٤٦، بلفظ: قال ابن حبيب: والأول قول جميع أصحاب مالك إنه جائز إذا حل ما يحيل به.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤٧. بلفظ: وقال ابن حبيب: إذا اتفق أجلاهما، جازت المقاصة وإن لم يحلا.

وأما الحوالة فتجوز إذا حل المحال به، حل المحال عليه[1] أم لا، وإذا صحت الحوالة عاد الجواب في بيعه في ذمة المحال عليه قبل قبضه على ما تقدم، فإن كانت الحوالة ببيع على قرض أو بقرض على بيع لم يجز على قوله في المدونة[2]، ويجوز على قوله في كتاب **ابن حبيب** إذا كانت الحوالة بقرض على بيع[3].

فصل

[في الرجل يكون له طعام من سلم على آخر فيأمره ببيعه وإحضار الثمن]

ومن كان له على رجل طعام من سلم فقال له: بعه وجئني بالثمن؛ لم يجز عند **مالك وابن القاسم**[4]، وسواء أتاه بمثل رأس المال أو أقل أو أكثر، فإن أتاه بأكثر اتهما أن يكونا عَمِلا على ذلك في أصل السلم، وهي بيعة أجل؛ فيكون سلفاً بزيادة، وإن أتاه بمثل رأس المال دخله فسخ دين في دين، وبيع الطعام قبل قبضه؛ لأن الإقالة على التأخير في معنى أقل.

وكذلك إن أقاله على أقل من رأس المال فهو فسخ دين في دين، وبيع الطعام قبل قبضه.

وفرق **ابن القاسم**، فمنع أن يكون المسلم إليه وكيلاً على البيع وإن أتى برأس المال؛ لأنه يتهم على الإقالة المستأخرة، وأجاز أن يكون الذي له السلم

(١) قوله: (عليه) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ١٢٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٤٧.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٠.

وكيلاً على الشراء بمثل رأس المال؛ لأنه يقبض ذلك بالحضرة، فلو أراد الإقالة لصحت بالحضرة، وإذا سقطت التهمة بقي وكيلاً على[١] حسب ما اعترف[٢] به، إلا أن يقول: بقي لك الفضل بعد الشراء؛ فتدخله[٣] التهمة على بيع الطعام قبل قبضه، أو يقول: بقي عليك فأتم، فتدخل التهمة في أصل العقد في السلم بزيادة.

ويجوز على قول[٤] **أشهب** أن يوكل المسلم إليه إذا أتى بمثل رأس المال فأقل؛ قياساً على قوله إذا وكل الطالب على الشراء بأقل من رأس المال، وإنما منع عنده إذا أتاه بأكثر من رأس المال؛ لأنه يعد تهمة[٥] في أصل العقد، وهي بيعة أجل.

وإذا لم تكن زيادة؛ سَلِمَ العقدُ، وكانت التهمة بعد ذلك فيما يفعلانه بالحضرة على النقد إلى يومين أو ثلاثة، وهي كبيعة النقد؛ لا يتهم فيها إلا أهل العينة.

وقد أجاز **أشهب** لمن عليه دين أن يعمل به قراضاً، وأجاز لصاحب المال أن يأخذ الربح[٦].

---

(١) قوله: (على) ساقط من (ت).

(٢) في (ت): (تقدم).

(٣) في (ب): (فتدخل).

(٤) في (ب): (أصل).

(٥) في (ت): (بعد يتهمه).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٣٢٦، والبيان والتحصيل: ١٢/ ٤٨.

فصل
[في بيع الطعام قبل قبضه إذا كان من غير معاوضة]

يجوز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان من[1] غير معاوضة، كالقرض، والهبة، والصدقة، والميراث، إذا لم يكن الميراث في ذمته عن معاوضة، والغصب والتعدي، فمن أقرض رجلاً طعاماً؛ جاز للمقرض أن يبيعه قبل أن يقبضه، ويجوز/ للمقرض إذا قبضه منه أن يبيعه قبل أن يقبضه[2] من المقرض ومن غيره، ويجوز لمن له[3] سلم أن يقرضه قبل أن يقبضه، ولا يجوز للمقرض أن يبيعه قبل قبضه؛ لأنه على حكم السلم ما دام في الذمة، ولا يصح القرض إلا بعد قبضه.

(ب) ٣٧٣/ب

ولو فلس المسلم إليه أو مات أو غاب؛ لم يلزم المقرض إليه[4] شيء، فإن قبضه وصار إليه؛ جاز للمقرض أن يبيعه منه ومن غيره قبل أن يقبضه؛ لأن كيل البيع قد تقدم، ولا يدخل في الحديث «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ**»[5]؛ لأن هذا قد قبضه، وما وقع في **الكتاب** فحماية أن يكون باعه منه قبل قبضه من المسلم إليه وأظهر أنه إنما أقرضه[6]، وأجاز في كتاب **محمد** إذا

---

(١) في (ب): (عن).

(٢) قوله: (قبل أن يقبضه) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (إليه) زيادة من (ت).

(٥) سبق تخريجه في أول كتاب السلم الثالث، ص: ٣٠٦٢.

(٦) انظر: المدونة: ٣/ ٨٤. بلفظ: ولا يجوز أن يبيعه من غير صاحبه الذي عليه السلم بنوعه، ولا بشيء من الأشياء، ولا بمثل كيله ولا صفته حتى يقبضه من الذي عليه السلف؛ لأنه إن

أقرضه الشيء اليسير من الشيء الكثير أن يبيعه قبل قبضه من المقرض؛ لأن التهمة تضعف[1].

ويجوز ذلك على أصل أشهب[2]؛ لأنه لم يتهم على بيع الطعام قبل قبضه.

ولو أطاع رجل أن يقرض ذلك المسلم إليه ويقضيه عنه؛ لم يجز للذي له السلم بيعه قبل قبضه للحديث: «مَنِ ابْتَاعَ...»[3]، فهو مبتاع بَعْدُ، لم يخرج عن ذلك.

فإن قبض ذلك المسلم جاز للمقرض أن يأخذ من المسلم إليه فيه ثمنا ما شاء[4]؛ لأن السلم قد قبض، وهذا مقرض وليس بمبتاع، ولو استقرض الذي له السلم مثل ذلك الطعام ثم أحال به على المسلم إليه لم يجز للمحال أن يبيعه قبل قبضه عند ابن القاسم، ويجوز على قول مالك في كتاب ابن حبيب؛ لأن المحال مقرض وليس بمبتاع، والمبتاع قد خرجت عن يده[5].

ويفترق الحكم[6] أيضاً في الهبة والصدقة، فإن كانت الهبة والصدقة من الذي له السلم، وهبة لأجنبي؛ لم يجز للموهوب له بيعه قبل قبضه.

=

باعه من غير الذي عليه ذلك بمثل كيله وصفته - صار ذلك حوالة، والحوالة عند مالك بيع من البيوع، فلذلك لا يجوز أن يحتال بمثل ذلك الطعام الذي سلف فيه على غير الذي عليه السلف؛ لأنه يصير ديناً بدين، وبيع الطعام قبل أن يستوفي.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٤. بلفظ: أما الشيء اليسير من الكثير فلا بأس به، وكأنه وكيل على قبضه.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٢.

(٣) سبق تخريجه، ص: ٣٠٦٢.

(٤) قوله: (ما شاء) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (عن يده) في (ت): (يده منه). وانظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٤.

(٦) في (ب): (الجواب).

وقال مالك في كتاب ابن حبيب: الهبة والصدقة أخف[1]. يريد: لأن يد المشتري قد خرجت. وإن كانت الهبة والصدقة من أجنبي، التزم أن يقضي ذلك عن المسلم إليه، ورضي المسلم بالحوالة عليه؛ لم يجز للمسلم بيعه قبل قبضه من الواهب ولا من غيره.

وعقد هذا أنه متى كانت يد المسلم إليه[2] باقية على سلمه، وهو القابض؛ لم يجز البيع، وسواء كان المقبوض منه المسلم إليه أو واهباً أو متصدقاً أو مقرضاً؛ للحديث: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ»، وإذا زالت يده وكان القابض موهوبًا له أو متصدقًا عليه؛ جاز[3]؛ لأنه لا ينطلق عليه الحديث: «مَنِ ابْتَاعَ».

[4] ومن وكل رجلاً يشتري له طعاماً ليقضيه عنه من سلم عليه، فأمسك الوكيل الذهب، وقضى الطعام من عنده فرضي ذلك المسلم إليه؛ جاز؛ لأن السلم قد قبض.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٣.

(٢) قوله: (إليه) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (جاز) ساقط من (ت).

(٤) زاد في (ت): (فصل).

باب



فيمن ابتاع طعاماً على كيل، أو جزافاً ثم هلك بيد بائعه



ومن اشترى طعاماً بعينه، ثم هلك قبل قبضه، فإنه لا يخلو هلاكه من أربعٍ: إما أن يكون من سبب البائع، أو أجنبي، أو لا سبب فيه لآدمي، أو من المشتري، فإن كان من سبب البائع؛ باعه، أو أكله، أو وهبه -كان عليه أن يأتي بمثله إن علم كيله، وإن لم يعلم تَحَرَّى قدر ما فيه فيغرمه، وليس للمشتري إن كان باعه أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، ولا إن كان أكله أو وهبه أن يأخذ القيمة، ويدخله إن فعل بيع الطعام قبل قبضه، ولا أن يفسخ البيع عن نفسه.

قال **ابن القاسم**: وهو بمنزلة من استهلك طعاماً؛ فإنما عليه مثله[1].

وإن أهلكه أجنبي أغرم القيمة، واشترى بها طعاماً، ويكيله البائع للمشتري، وإن لم يشتر بالقيمة حتى حال سوقه؛ لم يكن على البائع سوى ما اشترى بالقيمة، وينفسخ البيع في العاجز عن قدر الأول؛ لأنه بمنزلة ما ذهب بأمر من السماء، وإن حال برخص لم يشتر بالفاضل، وكان للبائع؛ لأنه في ضمانه فله رخصه.

وإن كان الذي أهلكه معسراً لم يكن على البائع شيء، وكان للمشتري أن يفسخ البيع، ولم يلزمه الصبر حتى يوسر المعتدي، فإن رضي بالصبر جاز ولا مقال للبائع؛ لأنه لا مضرة عليه في ذلك، وإن رضي البائع أن يغرم مكيلته[2] مثل ما كان يشتري بالقيمة؛ لزم المشتري.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٦٤.

(٢) في (ب): (مكيلة).

وقال أشهب في كتاب محمد: إذا غرم الأجنبي القيمة للبائع ينفسخ البيع، وليس للمشتري إلا ثمنه، إلا أن يقر المتعدي بعدد كيل، فيكون رب الصبرة بالخيار، إن شاء أغرمه كيل ما أقر به بعد أن يستحلفه، وإن شاء أغرمه القيمة ولا يصدقه، فيكون المشتري حينئذ بالخيار، إن شاء أخذ المكيلة التي أقرَّ بها المتعدي، وإن شاء أخذ[1] القيمة، فاشترى له بها طعاماً فأكله[2]، وإن شاء فسخ البيع عن نفسه[3].

قال محمد: اختلف قول أشهب إذا أخذت القيمة فقال مرة: يشتري بها طعاما[4] فيوفاه المشتري، ومرة قال: لا، إلا أن يعرف الكيل[5]. فجعل في القول الأول الفسخ من حق البائع إذا غرم المتعدي القيمة، وكذلك قال فيمن اشترى طعاماً فاطلع فيه على عيب بعد أن فات، قال: المشتري بالخيار بين أن يغرم المثل، أو يرجع بالعيب[6].

ورأى أن عليه في تغريم المثل وشرائه مشقة، وكذلك البائع هاهنا له الفسخ، ولا يتكلف الشراء.

ورأى / في القول الآخر أن يشتري بالقيمة وأن هذا[7] أخف من المشتري يجد عيباً بخضور ما يشترى به، ولأنه لا يغرم ذلك من ذمته، ثم اختلف قوله

(ب) ٣٧٤/أ

---

(١) قوله: (أخذ) ساقط من (ت).

(٢) في (ب) زيادة: (فاكتاله لغيره كانت معلمة عليها).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧٤.

(٤) في (ت): (يشترى بها طعام).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٠٣.

(٧) قوله: (وأن هذا) يقابله في (ب): (وهذا).

إذا سقط قول البائع، وغرم المستهلك المكيلة: هل يكون للمشتري خيار؛ لأنه يقول: اشتريت طعاماً بعينه؛ فلا ألزم غيره. وإن هلك بأمر من الله، فسخ البيع على قوليهما[1] جميعاً إذا ثبت ذلك.

واختلف إذا لم يعلم ذلك إلا من قِبل البائع: فقال **ابن القاسم** في **العتبية**: لا يصدق، وعليه أن يوفِّيَ الكيل الذي باع[2]. وعلى قوله في **كتاب السلم الأول** يحلف أنه هلك ولم يكتمه، وينفسخ البيع.

وإن أهلكه المشتري وعرف كيله؛ كان ذلك قبضاً، وعليه أن يغرم الثمن، وإن لم يعرف كيله؛ فالقدر الذي يقال: إنه كان فيه[3]، فإن قيل: قفيز، غرم ثمنه.

فصل

[فيمن ابتاع صبرة جزافاً ثم هلكت بعد تمكين المشتري منها أو بعد حبس البائع لها]

وإن بيعت صبرة جزافاً فهلكت بعد أن أمكن المشتري منها؛ كانت المصيبة[4] من المشتري وعليه الثمن، وإن أهلكها البائع كان له الثمن، وعليه القيمة، فمن كان له فضل عند صاحبه غرمه، وإن أهلكها أجنبي غرم القيمة للمشتري، وغرم المشتري الثمن للبائع.

---

(١) في (ب): (قولها).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٤٥٦-٤٥٧. وعبارته: (وسئل: عن رجل يشتري كيلا من طعام بعينه فلم يقبضه حتى ادعى البائع أن الطعام هلك عنده، وكذبه المبتاع، وأراد أن يضمنه الكيل الذي باع منه، قال: عليه أن يوفيه الكيل الذي اشترى منه، إلا أن يعلم هلاكه بالبينة العادلة).

(٣) في (ت): (فيها).

(٤) قوله: (المصيبة) ساقط من (ب).

واختلف قول **مالك** إذا كانت محتبسة بالثمن:

فقال **محمد**: لم يثبت **مالك** منها على أمر[1]. يريد: أنه جعلها مرة من المشتري، ومرة من البائع؛ كالعبد يحبس بالثمن، فقد اختلف فيه قول مالك، فعلى قوله: إن المصيبة من المشتري يعود الجواب إلى ما تقدم لو أمكن منها، هذا إذا كان هلاكها بأمر من الله أو أهلكها أجنبي.

واختلف إذا أهلكها البائع، فقيل: المشتري بالخيار، فله أن يفسخ البيع؛ لأنه حال بينه وبين المبيع[2]، وله أن يغرمه القيمة ويدفع الثمن.

قال **ابن القاسم** في **العتبية** في مثل هذا: لو قال قائل: عليه القيمة، قلّت أو كثرت لم أعبه[3]. وعلى القول أن المصيبة من البائع ينفسخ البيع إن هلكت بأمر الله أو أهلكها أجنبي ويسقط الثمن عن المشتري، ويعود المقال للبائع على الذي أهلكها فيغرمه القيمة إلا أن يكون الثمن أكثر فيغرمه إياه؛ لأنه كان ديناً ثابتاً فأبطله بإهلاكه، وإن أهلكها البائع فأكلها أو باعها؛ كان للمشتري أن يفسخ البيع.

واختلف هل له أن يغرم البائع القيمة إن أهلكها أو الأكثر من القيمة والثمن الذي بيعت به إن باعها؟

فعلى قول **أشهب** ذلك له، وليس ذلك له على قول **ابن القاسم**، ويدخله بيع الطعام قبل قبضه؛ لما كان في ضمان بائعه، كما تقدم في اللبن في الضروع والثمرة الغائبة.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٧٣.

(٢) في (ت): (البيع).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٤٧٩.

وإن أهلكها المشتري عمدا كان ذلك[1] رضا بالقبض، وإن باعها بائعها على كيل فعلى القول أن المصيبة من المشتري يكون بالخيار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، أو يغرم البائع مثل ما وجد فيها من الكيل، وعلى القول أنها من البائع يكون له أن يغرمه، مثل ما وجد فيها من الكيل، ويختلف هل له أن يجيز البيع ويأخذ الثمن؟

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ب).

باب



فيمن له دين على رجل يقبضه ببلد فلقيه بغيره



وقال **مالك** فيمن باع سلعة وهو بمصر بدنانير على أن يقبضها بإفريقية، وضرب أجلاً، وحل الأجل وهو بمصر: أجبر على القضاء الآن حيث وجده، قال: وليس العين كالسلع؛ لأن أثمانها في البلدان تختلف، فلا يأخذه إلا في البلد الذي شرط فيه[1].

قال **ابن القاسم**: ولو أسلم في سلعة لا حمل لها كاللؤلؤ والمسك والعنبر؛ لم يأخذه إلا في البلد الذي شرط؛ لأن سعر هذا في البلدان يختلف[2].

وقال **أشهب** في **كتاب محمد**: إلا ألا يختلف السعر في البلدان ولا في سوق يلتمس فيه هذا اللؤلؤ والعنبر، وكان الموضع بعيداً جداً، فله أخذه بالموضع الذي هو فيه -وإن كره- إذا حل الأجل، وإن كان على غير ذلك؛ لم يكن له أن يأخذه به إلا أن يرضى المطلوب فيجيز صاحب الحق على قبوله؛ لأنه بموضعها أغلى، يريد: لأن القصد من السلم التَّجر والأثمان، فإن علم أن له غرضاً في قبضه في الموضع الذي سمى؛ لم يلزمه قبضه الآن هاهنا، إلا أن يكون الطريق مأموناً، فإن كان مخوفاً لم يلزمه قبوله هنا، وإن كان أغلى؛ لأن الطالب يقول: لي غرض في قبض مالي في ذلك البلد، وأخاف على وصوله إليه، وإن كان الدين مما له حمل، وهو هنا أرخص، فرضي الطالب بقبوله؛ أجبر[3] الآخر على

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٤١.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٢.

(٣) في (ب): (جبر).

الوفاء؛ لأنه حط عنه الحمل وغلاء السعر، وإن كان هاهنا أغلى ورضي المطلوب بالقضاء؛ كان للطالب ألا يقبل؛ لِحَقِّه في الحمل، ويصح ألا يجبر على القضاء بغير البلد في العين.

فإن قال: أشتري لأقضي في البلد الفلاني؛ لأن لي به مالاً، وإن ما معي هاهنا ما أتوصل به، أو قال: ليس عندي ما أقضي منه هاهنا إلا داري أو ربعي، ولا أحب بيعه؛ فهذا لا يجبر على القضاء إلا بالبلد الذي سمّى.

ويجوز البيع وإن لم يضربا أجلاً، ويصير بمنزلة من باع على دنانير بأعيانها غائبة، فإن كان الشرط من البائع فقال: أبيعك على أن أقبض في بلد كذا؛ لأني احتاجها هناك لوجه كذا، فعجلها المشتري بغيره -لم يلزم البائع قبولها؛ لأنه يقول: أخاف في وصولها إلى هناك، / وقد اشترَطتُ شرطاً جائزاً؛ فيوفي لي به. (ب) ٣٧٤/ب

فصل

[في مسائل في اشتراط القبض في السلم في غير بلد التبايع]

وإن اشترط المشتري الوفاء في بلد وكان الثمن معيناً عبداً أو دنانير موقوفة؛ جاز البيع وإن لم يضرب الأجل، واستحب **محمد** في الدنانير أن يضرب أجلاً[1]، ولا وجه لذلك؛ لأنهما في الأجل على وجهين: إن حل الأجل قبل الوصول لأمر عاقهما لم يجبر على القضاء من غير الغائب، وإن وصلا قبل الأجل؛ كان للبائع قبض تلك الدنانير، ولم يلزمه الصبر حتى يحل الأجل، وإن كان الثمن مضموناً وهو عين لم يجز إلا أن يضربا أجلاً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦٨.

واختلف إذا كان عرضاً أو طعاماً، فقيل: ذلك جائز، والمسافة كالأجل، وعلى المسلم إليه أن يخرج للقضاء فإذا وصل قضاه.

وقال **ابن القاسم** في سماعه عن **مالك**: سئل **مالك** عن ذلك، فقال: أحالٌّ هو؟ فقيل[1]: نعم، قال: لا بأس به. ولم يجعله على الجواز بمجرد العقد، وقال **فضل**: الدنانير والعروض سواء، فإن لم يضربا أجلاً فهو فاسد. وهو **أحسن**؛ لأن السلم يحتاج إلى أجل يقبض عنده، وموضع يقبض فيه، فإذا ذكر الموضع بقي الأجل، وذكر الموضع لا يفهم منه الأجل.

وقد استحب **مالك** فيمن باع بدنانير غائبة أن يضربا الأجل؛ **فهو في السلم أولى**، وإذا ضربا الأجل[2] فبقي من الأجل قدر مسافة الوصول؛ كان على الغريم أن يخرج للقضاء.

واختلف إذا وكل وكيلاً للقضاء: فأجازه **ابن القاسم**[3]. ومنعه **سحنون**، وقال: لا أعرف الوكيل في هذا؛ لأنه لا يستطيع أن يتحول بما له من الطعام.

وقول ابن القاسم أصوب؛ لأنه إنما يخرج على أنه وكيل، والوكالة تضمنت بقاء الدين في ذمة الأول، وليس بحوالة؛ فيدخله دين في دين، وإن خرج على أنه وكيل وحميل[4] جاز؛ لأن الطالب له ذمة غريمه وذمة الحميل، والحمالة بما لم يحل جائزة، ويسقط مقال الطالب بخروج الوكيل إذا كان يدفع إليه من المال ما يوفي بالدين في الغالب، أو كان للغريم بذلك الموضع ما يوفي به

---

(١) في (ب): (قال).

(٢) في (ب): (أجلاً).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٢٧٩.

(٤) في (ب): (وكيل حميل).

ولا يحتاج فيه إلى خصومة، وإلا لم يجز، إلا أن يتحمل الوكيل بالقضاء ويكون موسراً بذلك، أو يأتي بمن يتحمل به إلى ذلك البلد، فإن حيل بين الناس وبين ذلك البلد لفساد طريق أو لعدو أو فتنة ولا يرجى قرب انكشافه؛، كانت على الخلاف فيمن أسلم في ثمرة فخرج وقتها هل يلزم الصبر إلى انكشاف ذلك أم لا؟

وأرى أن يكون بالخيار بين الصبر أو يأخذ رأس ماله، وإن أراد أن يأخذ الثمن الذي كان يشتري به في ذلك البلد؛ جاز على قول أشهب إذا كان السلم في عروض، وإن كان في طعام لم يجز، ويدخله بيع الطعام قبل قبضه.

وإن رضي الطالب أن يقبض ببلد هو قريب من البلد الذي شرطا والسعر سواء وهو في هذا أرخص كان ذلك له.

وإن كان بالبلد الذي هما فيه فقال الغريم: خذ حقك، وقال الطالب: لا أقبضه؛ لأني إن قبضته هلك؛ يجبر على قبضه، وكذلك إن كان على الطالب طلبٌ من سلطان، فإن قبضه أخذه السلطان، وإن لم يقبضه أغرمه المطلوب، كان من حق الغريم أن يبرئ ذمته منه[1] فيكون الغصب على الطالب.

فصل

[في منع الدائن للمدين من السفر عند قرب حلول الأجل]

ومن كان عليه دين إلى أجل فأراد السفر قبل حلوله لم يمنع إذا بقي من الأجل قدر سيره ورجوعه، وكان ممن لا يخشى لَدَدُهُ ومقامه، وإن خشي ذلك

(١) قوله: (منه) ساقط من (ت).

منه، أو كان معروفاً باللدد؛ منع إلا أن يأتي بحميل، وإن كان موسراً وله عقار كان بالخيار بين أن يعطي حميلاً بالقضاء أو وكيلاً بالبيع، ويكون النداء قبل الأجل بقدر ما يرى أنه يكمل الإشهاد قبل محل الأجل.

وإن أشكل أمره هل يريد سفراً بعيداً أم لا؟ حلف أنه ما يسافر فراراً، وأنه لا يتأخر عن العودة عند محل الأجل، وتُرك.

باب



فيمن اشترى تمراً في النخل بطعام، أو نخلاً مثمرة بطعام، أو طعاماً حاضراً بغائب عن موضعهما



ومن اشترى تمراً في نخل بطعام نقداً، فإن كانت زهواً أو رطباً(١)؛ لم يجز إلا أن تجذ الثمرة ويتقابضا، قال **ابن القاسم**: لأن فيها الجوائح(٢).

وإن كانت قد يبست، وكان الجذاذ على المشتري؛ جاز وإن لم يجذ بالحضرة، وكذلك إن كان الجذاذ على البائع، ودخل على أنها في ضمان المشتري بالعقد، وإن شرط أنها في ضمان البائع حتى تجذ؛ لم يجز إلا أن تجذ الثمرة(٣) بالحضرة أو يتقابضا(٤)، واختلف إذا اشترى نخلاً بما فيها من الثمار وهي زهو أو رطب: فقال **ابن القاسم**: لا يجوز إلا أن تجذ الثمار، ويتقابضا في الطعامين(٥).

وقال **سحنون**: يجوز ذلك وإن لم تجذ الثمار وكان قبض الطعام الآخر مؤجلاً، قال(٦) كان كحلية السيف ومال العبد. وقد مضى ذلك في كتاب القسم.

وإن بيع قمح بتمر أو عسل بزيت تقابضا بحضرة العقد وقبل الافتراق،

---

(١) في (ت): (تمراً).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٥.

(٣) قوله: (الثمرة) ساقط من (ت).

(٤) في (ب): (ويتقابضا).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٥.

(٦) قوله: (قال) ساقط من (ب).

(ب ١/٣٧٥)

كالصرف/ ، وإن كان أحد الطعامين غائباً وقريباً من مجلسهما أُحضر بفور ذلك، أو قاما إليه وتناجزا بالحضرة؛ جاز ولم يفسخ، وقد مضى مثل ذلك في كتاب الصرف.

وقال **مالك** في صاحب الحانوت يشتري حنطة بزيت أو سمن، فيكتال الحنطة، ويدخل الحانوت ليخرج السمن أو الزيت: لا يعجبني، وليدع الحنطة عند صاحبها، ويخرج السمن أو الزيت ثم يأخذ ويعطي. وهذا حماية، ولا يفسخ إن نزل(١).

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٥.



باب




فيمن اقتضى من ثمن الطعام طعاماً

ومن باع طعاماً فقضى في ثمنه طعاماً، فإن كان مثله في الصفة والكيل جاز، وهي كالإقالة، وإن كان أكثر كيلاً أو أجود صفة لم يجز؛ لأنهما يُتَّهَمان أن يكونا عَمِلا[1] على سلف بزيادة، وإن كان أقل كيلاً وأدنى صفة كان فيها قولان، وأرى أن يجوز؛ لأنه لا يتهم على خسارة. قال **فضل**: إنما كره ذلك لما يتخوف في الطعام من السوس، وهذا إنما يخشى إذا كان بين الكيلين ما يرى أن الناس يدفعونه للضمان، ويكون هناك ما يوجب أن يخرجه عن يده ليضمن، أما أن يكون في وقت يخشى عليه الفساد، ويكون بين بيعه وبين اقتضائه ما يتغير فيه الأول أو تكون فتنة.

وكل ما لا يجوز للبائع أن يأخذه من المشتري منه، فإنه إن أحال بالثمن على المشتري لم يكن للمحال أن يأخذه من المحال عليه، وكذلك إن أحال المشتري البائع على غريم له؛ لم يأخذ البائع من المحال عليه إلا ما كان يجوز له أن يأخذه من المشتري منه، وهذا حماية، ولا أفسخه إن نزل، وإن أحال البائع على المشتري رجلاً فأحاله المشتري على آخر جاز أن يأخذ طعاماً؛ أيّ صنف أحب؛ لأن المنع في الأول لأجل التهمة خيفة أن يكونا عَمِلا على ذلك، فإذا خرجت يد البائع والمشتري، وصار الآخذ والمأخوذ منه غير المتبايعين في ذلك الطعام؛ ضعفت التهمة، وقد تقدم بيان ذلك في الكتاب الأول.

ومن باع حباً فلا يقبض من المشتري في ثمنه ما ينبت ذلك الحب إذا كان

---

(١) زاد في (ت): (على ذلك).

بينهما من الأجل ما ينبت ذلك الحب فيه، قال مالك في كتاب محمد: وما هو بالحرام البين[1]. يريد: أن ذلك حماية، واختلف فيمن باع ثمرة حائطه[2] بعد الطيب، فلما صار تمراً أقال منه:

فقال مالك[3] مرة: لا بأس به[4]. ومرة: لا خير فيه إلا أن يفلس المشتري فيكون البائع أحق بها من الغرماء[5].

وأرى أن يجوز وإن لم يفلس؛ لأنه طعامه بعينه فلا يدخله طعام[6] بطعام.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٩.

(٢) في (ب): (حائط).

(٣) قوله: (مالك) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (به) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٢.

(٦) قوله: (طعام) ساقط من (ت).

باب



في بيع الشاة اللبون بالطعام أو باللبن نقداً أو إلى أجل أو بيع الخلايا بالعسل

ومن **المدونة** قال **مالك**: لا بأس بالشاة اللبون بالطعام نقداً أو إلى أجل، ولا بأس بها باللبن نقداً، ولا يسلم في لبن، ولا يسلم اللبن في شاة لبون، ولا بأس بالشاة غير اللبون باللبن إلى أجل(١).

وقال **ابن القاسم** في **العتبية**: إذا تقدم اللبن فلا بأس، وإن تقدمت الشاة في اللبن فذلك حرام(٢)، وله نحو ذلك في **كتاب محمد**(٣).

وقال **أشهب**: لا بأس بالشاة اللبون باللبن إلى أجل إذا صح، ولم يتق ذلك منهما.

وقال أيضاً: إن كان اللبن المعجل لم يجز(٤). عكس ما ذهب إليه **ابن القاسم**.

فمن منع الوجهين جميعاً رأى أنه من باب سلف بزيادة إذا تقدم اللبن، كالكتان في ثوب كتان، وإن تقدمت الشاة من باب ضمان بجعل.

وأرى إن أسلم اللبن الكثير وما يرى أنه لا يرجى من تلك الشاة إلا في أعوام أن يجوز، ويحمل على أنه لبن شياه(٥)، وإن كان قليلاً يرجى منها مُنِعَ، إلا أن يعلم أنه أراد المعروف والمكارمة، ولا يجوز أن يسلم الشاة(٦) في اللبن

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٩.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٧٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٨.

(٥) في (ت): (أنه ليس بشاة).

(٦) قوله: (ولا يجوز أن يسلم الشاة) يقابله في (ت): (ويجوز أن تسلم شاة).

الكثير، إلا أن يعلم أنه أراد المكارمة فيجوز وإن كان يسيراً، وكذلك إذا أسلم صوفاً في شاة عليها صوف؛ يجوز إذا كان كثيراً، ويمنع إذا كان في قدر ما عليها إذا تم، وكذلك إن أسلم شاة في صوف فإن كان في[1] قدر ما يرجى منها في عامها وما قارب ذلك لم يجز، وإن كان كثيراً لا يرجى منها جاز.

فصل

[في بيع النحل أو الخلايا بالعسل]

قال ابن حبيب: لا بأس ببيع ذباب النحل بالعسل نقدا أو إلى أجل، وكذلك بيع العسل بكيل[2] من ذبابه أو من ذباب النحل إلى أجل؛ لأنه لا عسل فيه[3]، بمنزلة بيع النخل بتمر إلى أجل يكون في النخل تمر.

قال محمد: قال ابن القاسم: لا تباع الخلايا بشيء من العسل نقداً ولا إلى أجل[4].

قال محمد: كان فيها عسل أو لم يكن[5].

قال أصبغ: فإن لم يكن فيها يَومَ بِيعتْ عسل، جاز بيعها بالطعام غير العسل نقداً أو إلى أجل قريب، لا يأتي فيه بعسل، وإلا فلا خير فيه إلا بالعين

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (بكل).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٥. وعبارته: (ومن الواضحة: ولا يجوز بيع جبح نحل العسل نقدًا، أو إلى أجل، ولا بيع عسل بجبح نحل إلى أجل، ولا بأس ببيع ذباب النحل كيلاً بالدراهم، وبالعسل نقدًا أو إلى أجل، وكذلك بيع عسل بكيل ذباب النحل إلى أجل، إلا أن لا يكون فيه عسل، فيجوز بطعام إلى أجل قريب لا يكون فيه إليه العسل، وإن كان يأتي إلى مثله فيه العسل، فلا يباع إلا بعين أو عرض).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٥. وعبارته: (ومن كتاب ابن المواز، قال مالك: لا تباع الخلايا بشيء من العسل نقدًا، ولا إلى أجل).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٥.

والعروض، ولا يجوز بالعسل على حال[١].

قال الشيخ رحمه الله: أما بيع ذباب النحل بالعسل فالجواب فيه حسن إذا كان إلى أجل لا يجني فيه منها[٢] ذلك العسل.

ويختلف إذا كان الأجل بعيداً يجني فيه ذلك منها؛ قياساً على بيع النخل بتمر إلى أجل يكون فيها تمراً، وأما الخلايا بالطعام فإذا كان فيها عسل فاضل عن قوتها جاز بالطعام نقداً، ولم يجز إلى أجل.

(ب) /٣٧٥ب

ويختلف إذا لم يكن فيه فضل: هل يجوز بيعها بالطعام/ إلى أجل؛ قياساً على حلية السيف إذا كانت تبعاً وهي فضة، هل يجوز بيعها بالفضة أو الذهب إلى أجل؟ فقيل: يجوز. وقيل: يكره. فإن نزل مضى. وقيل: يفسخ. فإن فات مضى وهو في النحل أجوز؛ لأنه إن قطع هلكت، وليس في زوال[٣] الحلية أكثر من أجرة تؤدى على إعادتها، ولا يجوز بيعها بالعسل إذا كان فيها فضل عنها؛ نقداً ولا إلى أجل، ويدخله التفاضل والنساء إن كان إلى أجل، ويختلف إذا لم يكن فيه[٤] فضل هل يباع بعسل إلى أجل يصير فيه فضل عنها؟

وإن بيع النحل والخلايا بقرب ما رمى النحل فيها ولم تعمل شيئاً، أو عملت الشهد دون العسل؛ جاز بيعها بالعسل، بمنزلة بيع الذباب قبل أن تعمل ذلك.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٥.

(٢) قوله: (لا يجني فيه منها) يقابله في (ت): (لا يجيى منها فيه).

(٣) في (ب): (زول).

(٤) في (ت): (فيها).

باب




[فيما](١) يحرم التفاضل فيه
من الطعام وما يجوز منه

ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**البُرُّ بِالبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى، فَإِنِ اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ(٢) شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ**»(٣).

واختلف في تعليل هذه الأصناف فقال **مالك** في **كتاب محمد**: ما كان من الطعام والشراب من الحبوب والأوداك، والأدم، والفاكهة رطبها ويابسها مما يدخر - نوع واحد لم يجز التفاضل فيه. فجعلها ثلاثة أقسام: مقتات، مؤتدم، ومتفكه، وقال **أبو جعفر الأبهري**: مِن أصحابنا من علله بثلاث علل فالبر مقتات مدخر جنس، فكل مقتات مدخر مردود إليه، والتمر متفكه يصلح للقوت، فكل ما وجد فيه هذا المعنى فهو مثله، والملح مؤتدم، فكل ما وجد فيه هذا المعنى فهو مثله. ومنهم من علله بالقوت جنساً.

وقال **ابن القصار** و**أبو محمد عبد الوهاب**: العلة أنها مأكولة مدخرة للعيش غالباً(٤).

وليس هذا التعليل بصحيح، وهذه العلة شرط في كل ما تجب فيه الزكاة، وأنها إنما تجب فيما كان للعيش غالباً، إذا كان مقتاتاً مدخراً وقد يكون مدخراً،

---

(١) في (ت): (ما).

(٢) في (ت): (إن).

(٣) سبق تخريجه في كتاب الصرف، ص: ٢٧٦٦.

(٤) انظر: المعونة: ٢/ ٥.

وليس للعيش غالباً يحرم فيه التفاضل، وليس تجب فيه زكاة؛ فالجوز واللوز[١] وما أشبه ذلك يحرم فيه التفاضل؛ لأنه مقتات مدخر، ولا تجب فيه الزكاة؛ لأنه ليس بأصل للعيش[٢]، فالبر والشعير وما أشبه ذلك أصل للعيش فوجبت فيه الزكاة، وحرم فيه التفاضل.

والقول إن التمر متفكه غلط؛ لأنه كان بالمدينة أصلا للعيش، وكذلك مدائن التمر هو العمدة في أقواتهم، كالقمح في الحواضر، والشعير في البوادي.

وفي **كتاب مسلم** أن النبي ﷺ كان يأخذ لأزواجه من خيبر ثَمَانِينَ وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ وَعِشْرِينَ وَسْق شَعِيرٍ[٣].

ولورود النص بوجوب الزكاة فيه، ويلزم القائل أنه تفكه؛ أن يسقط الزكاة منه أو يوجب الزكاة في الفواكه، وإذا صح أن هذه الثلاثة البر والشعير والتمر أصل للعيش لم يبق إلا الملح، وهو مصلح القوت، فَقِس عليه المؤتدمات والفواكه المدخرة؛ لأن عمدة الملح في القوت الإصلاح؛ إن صنع في خبز أو طعام صلح وعذب، واستعمل الإنسان منه أكثر ما يستعمل لو لم يكن فيه، وإن أخل به كان ناقصاً، وفي معنى الفساد[٤]، وتدخل فيه المؤتدمات بالمعنى؛ لأن كل واحد منها متعلق بما هو أصل للعيش غالباً يراد ليستطاب به[٥] الطعام، ولينال منهما من الطعام ما لا ينال عند عدمهما، وكذلك المتفكه به تعلق فيما هو أصل للعيش فيما يستطاب به.واختلف في الرمان والتفاح

---

(١) قوله: (فالجوز واللوز) في (ت): (واللوز والجلوز والجوز).

(٢) في (ب): (العيش).

(٣) سبق تخريجه في كتاب الزكاة الثاني، ص: ١٠٧٣.

(٤) في (ت): (المفسود).

(٥) في (ب): (فيه).

والخوخ: فأجاز **مالك** التفاضل فيها، ولم يرها مدخرات[(١)].

وقال **ابن نافع في شرح ابن مزين**: الرمان والخوخ وعيون البقر والإجاص[(٢)] والموز مما ييبس ويدخر، فلا يجوز التفاضل فيه.

وقال **محمد** في الزفيزف[(٣)] يجوز التفاضل فيه، قال: لأن يبس ذلك ليس الغالب، ولا ييبس للأكل ولا للمعاش، وإنما ذلك ليدخل في غيره من العلاج والطبخ[(٤)].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: أما الرمان فلا يجوز التفاضل فيه؛ لأنه يدخر الشهور، وهو يتفكه قبل الادخار وبعده، وأما العين، والزفيزف فيجوز التفاضل فيهما؛ لأنهما إنما يرادان بعد اليبس للعلاج. والحلبة الخضراء طعام، فإذا يبست كانت علاجا، فإن نبتت كانت طعاما وهي في حال اليبس على حكم العلاج، ولا تراد في المغرب لتنبت بخلاف الترمس له حكم الطعام وإن كان لا يؤكل في حال اليبس؛ لأنه لا يراد إلا لينبت فحمل على ما يراد له.

وقد تقدم ذكر الاختلاف في التوابل والبقول[(٥)]، وألا يجوز التفاضل فيه أحسن؛ لأنها مصلحة للقوت كالملح.

---

(١) المدونة: ٤/ ٢٦٩، والبيان والتحصيل: ٧/ ١٧١.

(٢) في (ب): (الإنجاص).

(٣) في (ب): (الزفزوف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٩.

(٥) في (ت): (القول).

فصل

[في بيع الرطب بالرطب، والرطب بالتمر، والبسر بالرطب، والبسر بالبسر]

البسر بالبسر والرطب بالرطب والتمر بالتمر لا يجوز التفاضل فيها[١]، واختلف في بيع بعضها ببعض مثلاً بمثل: فأجازه **مالك وابن القاسم**.

وذكر **أبو محمد عبد الوهاب عن عبد الملك**: أنه منع بيع الرطب بالرطب، لقول النبي ﷺ: «**أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ...**» الحديث[٢].

(ب) ٣٧٦/أ

ويمنع على قوله بيع البسر بالبسر، / ويجوز التمر بالتمر إذا كانا جديدين أو قديمين.

واختلف في الجديد والقديم: فأجازه **مالك** في **كتاب محمد**، ومنعه **عبد الملك**.

والمنع في جميع[٣] ذلك **أحسن** إذا كانا من جنسين صيحاني وبرني[٤]، وما يعلم أنهما يختلفان في النقص إذا صار تمراً؛ للحديث، ولا يجوز البسر بالرطب، ولا الرطب بالتمر مثلاً بمثل، ويختلف إذا تحريا نقص الرطب إذا جف، وقد

---

(١) في (ت): (فيه). وانظر: المدونة: ٣/ ١٤٦.

(٢) انظر: المعونة: ٢/ ١٠. والحديث حَسَنٌ صَحِيحٌ أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٢٤، في باب ما يكره من بيع التمر، من كتاب البيوع، برقم: (١٢٩٣)، والترمذي: ٤/ ٤٤٧، في بَاب مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنْ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ، من كِتَاب الْبُيُوعِ عَنْ رَسُولِ الله ﷺ، برقم (١١٤٦)، وقَالَ الترمذي: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِنَا.

(٣) قوله: (جميع) ساقط من (ب).

(٤) الصيحاني والبرني: نوعان من التمر.

اختلف قول **مالك** في بيع الطري من اللحم باليابس على التحري، وفي العجين بالدقيق على التحري، وأجاز في كتاب **محمد** رطب الخبز بيابسه على التحري[1]، **والمنع في جميع ذلك أحسن**؛ لأن الفضل محرم وإن قل، والتحري لا يأتي على حقيقة المماثلة.

وقال **ابن القاسم** في بيع البلح الكبير بعضه ببعض لا يجوز متفاضلاً[2]. **وأن يجوز أحسن**؛ لأنه غير مدخر، وكذلك البلح الكبير بالبسر أو بالتمر قال **مالك**: لا خير فيه.

وقال في **مختصر ما ليس في المختصر**: تركه أحب إليّ وعسى أن يجوز. وهذا **أقيس**؛ لأنه مدخر بما ليس بمدخر.

وقد اختلف في الشتوي من التين والعنب متفاضلاً: فأجيز؛ لأنه لا يدخر، ومنع؛ لأن الغالب في ذلك الجنس الإدخار، فحمل القليل على حكم الكثير، وأجاز البلح الصغار بالكبار وبالبسر وبالرطب متفاضلاً إذا كان يداً بيد.

وقال في **كتاب القسم** في البلح[3] الصغار هو علف كالبقل.

فإذا كان في وقت يكون علفاً جاز أن يسلم في الكبار وفي الزهو والتمر إذا كان مجذوذاً أو يجذ قبل أن يراد للأكل، فإن كان يراد للأكل جاز التفاضل يداً بيد، ولا يجوز صغاره بصغاره إلى أجل وإن لم يكن طعاماً، كما لا يجوز ثوب بمثله إلى أجل وأجاز النوى بالتمر، ومنعه مرة بموضع المزابنة خاصة؛ لأن التفاضل بين النوايين وبين النوى بالتمر جائز.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٣٢.

(٣) قوله: (البلح) ساقط من (ت).

باب



في بيع اللحوم بعضها ببعض، وفي بيع الحيوان باللحم والحي بالحي



اللحم[١] ثلاثة أصناف: فلحوم ذوات الأربع صنف، إنسيها ووحشيها، الإبل والبقر والغنم وبقر الوحش وحمره وغيرها من ذوات الأربع؛ لا يجوز التفاضل فيها.

ولحوم الطير صنف؛ إنسيه ووحشيه، وما كان عيشه في البر والماء سواء، ولحوم الحيتان كله صنف البحري والنهري لا يجوز التفاضل فيه، والجراد صنف رابع لا يضم إلى الطير ولا إلى الحوت[٢]، وأجاز **أشهب** في **كتاب محمد** التفاضل فيه[٣]، ولا أرى ذلك؛ لأنه مما يدخر.

ومنع **مالك** التفاضل بين لحوم ذوات الأربع بعضها ببعض، وبين لحوم الطير بعضها ببعض لتقارب الأغراض وتقارب منافعها، وأجازه بين ذوات الأربع ولحوم الطير؛ لتباعد الأغراض والمنافع، وقد قال النبي ﷺ: «**البُرُّ بِالبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ**»[٤]. فأبان أن التفاضل جائز فيما تباعدت الأغراض فيه.

---

(١) في (ت): (اللحوم).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧.

(٤) سبق تخريجه، ص: ٢٧٦٦.

فصل
[في بيع اللحم بالحيوان]

روي عن النبي ﷺ: «أنه نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ»(١)، ومحمل الحديث إذا كانا من جنس واحد، وإن كانا من جنسين جاز، فيجوز أن يباع لحم ذوات الأربع بحي الطير، ولحم الطير بحي ذوات الأربع، والحيتان بحي ذوات الأربع وبحي الطير، كل ذلك جائز يداً بيد.

ويفترق الجواب إذا كان إلى أجل، فإن كان الحي يراد للقنية جاز إلى أجل(٢)، وإلا يكون يداً(٣) بيد، واختلف إذا كان لا يراد للقنية: فمنعه **مالك** إذا كان الحي لا تطول حياته، واختلف عنه إذا كانت تطول: فمنعه مرة، وأجازه أخرى(٤).

قال في كتاب **محمد**: ليس كل شارف يمنع وإنما ذلك إذا شارف

---

(١) أخرجه مالك: ٢/ ٦٥٥، في باب بيع الحيوان باللحم، من كتاب البيوع، برقم (١٣٣٥)، والشافعي: ١/ ٢٥٠، برقم (١٢٢٧)، قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٠: (مالك وعنه الشافعي من حديث سعيد بن المسيب مرسلا وهو عند أبي داود في المراسيل ووصله الدارقطني في الغرائب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد وحكم بضعفه وصوب الرواية المرسلة التي في الموطأ وتبعه بن عبد البر وابن الجوزي وله شاهد من حديث بن عمر رواه البزار وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف وأخرجه من رواية أبي أمية بن يعلى عن نافع أيضا وأبو أمية ضعيف وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة وقد اختلف في صحة سماعه منه أخرجه الحاكم والبيهقي وابن خزيمة).

(٢) قوله: (إلى أجل) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (وإلا لم يجز إلا يداً بيد).

(٤) انظر: النوادر زالزيادات: ٦/ ٢٦، بلفظ: وكره مالك الشارف أو المكسورة من الأنعام باللحم، ثم أجازه.

الموت[١]. ومنعه **ابن القاسم** جملة، ورآه في حكم اللحم فيدخله الطعام بالطعام ليس يداً بيد[٢].

وأجازه **أشهب** وإن كان لا تطول حياته، كطير الماء، **وهو أقيس**، وهو قبل الذبح كسائر الحيوان، وليس كونه مما لا تطول حياته مما يخرجه عن أن يكون في حكم الحي، والقول حتى تطول حياته **أحوط**، وإذا كان من شرط جواز النسيئة الاقتناء فإن المقتنى ما كان يراد للولادة أو اللبن، أو كان كبشاً يراد لصوفه أو للفحلة للغنم، أو تيساً يراد لشعر ولمثل ذلك، واختلف فيما لا منفعة فيه إلا اللحم: فقال **ابن القاسم** في كتاب محمد: هي شاة لحم[٣]. وقال **أصبغ**: لا بأس به، ولا يعد شاة لحم[٤].

وهو **أبين**؛ لأنهم سلموا ما كان يراد للصوف أن ذلك قنية، وما يراد للسمن ولكثرة لحمه أبين، واختلف قول **ابن القاسم** في الكبش الخصي بالطعام إلى أجل: فكرهه مرة، وقال: لأنه لا يقتنى للفحلة، ثم رجع فقال: إذا كانت فيه منافع غير ذلك فلا بأس به[٥]. يريد: إذا كان يرغب في بقائه لصوفه، وإن كان للحمه فهو موضع الخلاف.

وقد[٦] قال **مالك** في **العتبية** في التيس الخصي: إن كان لا منفعة فيه قائمة

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦. بلفظ: وكره ابن القاسم الكبش الخصي بالطعام إلى أجل، لأنه لا يعيب العجلة، ثم رجع فأجازه إن كانت فيه منافع غير ذلك.

(٦) قوله: (قد) ساقط من (ب).

ولا مؤخرة فهو مثل ما وصفنا[١]. يريد: ألا يجوز.

وأرى أن يجوز؛ لأن العرب ترغب فيه لشعره، وغيرهم لزقه، وأما الوحشي من ذوات الأربع والطيرفقال **مالك**: ما كان منه يستحيا/ فلا بأس به بالحيتان إلى أجل[٢].

(ب) ٣٧٦/ب

وقال **ابن حبيب**: الوحشي لا يقتنى ولا يحيى حياة الاقتناء[٣].

وأرى أن يجوز في مثل الحيوان؛ لأنه تطول حياته، ويراد للفراخ والولد، والولد[٤] قنية قولاً واحداً، فيجوز بذوات الأربع وبالحيتان إلى أجل.

فصل

[في بيع اللحم بالحيوان من جنس واحد]

واختلف إذا كان الحي واللحم من جنس واحدفقال **مالك وابن القاسم**: لا يجوز كان الحي يراد للقنية أو للذبح، لا نقداً ولا إلى أجل؛ لظاهر الحديث، ورأيا أنه شَرْعٌ غير معلل.

وقال **ابن القصار**: معنى الحديث إذا كان الحي لا يراد إلا للحم، وهو من المزابنة بمنزلة الرطب باليابس، وإليه ذهب **الأبهري**، **وأبو محمد عبد الوهاب**، وغيرهم من البغداديين، ورأوا أن الحديث معلل[٥]، وإن كان الحي يراد للقنية جاز.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١٥٦.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(٤) قوله: (والولد) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المعونة: ٢/ ٣٣.



وقال **ابن القاسم** في **المدونة**: إن المنع لأجل المزابنة، إلا أنه مر على المنع جملة، وإذا سلم أن المنع لأجل المزابنة جاز إذا كان الحي يراد للقنية[١].

ويجري فيها قول ثالث: ألاّ يجوز حتى يعلم ما بينهما من الفضل فيخرجان من عين المزابنة؛ قياساً على قول **مالك** في بيع[٢] ثوب الصوف بالصوف، والجلد بالأحذية، فقال: يكره وإن كان يداً بيد[٣].

قال **محمد**: إن[٤] جعله من المزابنة فلا يجوز هذا حتى يتبين الفضل[٥].

وإن كان الحي لا يقتنى ويراد للذبح لم يبعه باللحم على الإطلاق للحديث، ويختلف هل يجوز على تحري مساواة ما فيهما من اللحم؟ فمنعه **ابن القاسم** في **كتاب محمد** على التحري[٦]. وأجاز في **العتبية** أن يباع طير لا يستحيا بطير لا يستحيا إذا كان[٧] تحريا أن يكون مثلاً بمثل[٨].

وقال **محمد**: كره **مالك** الشارف والمكسورة من الأنعام التي هي للذبح أن تباع باللحم ثم أجازه[٩]. يريد: على التحري. وكرهه **ابن القاسم**. وقال **أصبغ**: هو خفيف وليس بالحرام[١٠].

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٧.

(٢) قوله: (بيع) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٥٧.

(٤) قوله: (إن) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ١٧.

(٦) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٤، والنوادر والزيادات: ٦/ ٢٣.

(٧) قوله: (كان) ساقط من (ت).

(٨) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٢٠٥.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

وقال محمد: لا خير فيه وبيعها باللحم أكره من بيعها بالحية، وكل لا خير فيه[(١)].

فصل

[في بيع الحيوان الحي بالحي]

وبيع الحي بالحي على أوجه: فإن كانا مما يقتنى جاز، وإن كانا لا يرادان للقنية وهما مما تطول حياته؛ جرت على اختلاف قول **مالك**، فأجاز ذلك مرة، ورآه بمنزلة ما يقتنى، ومنعه أخرى، ثم يختلف بعد القول بالمنع، هل يجوز على تحري مساواة اللحم؟ وإن كان لا تطول حياتها لم يجز عند مالك على الإطلاق، ويختلف هل يجوز على التحري؟فأجازه **أشهب** على الإطلاق، وهو عنده بمنزلة ما يقتنى، فإن اختلفا فكان أحدهما يقتنى، والآخر لا يقتنى، لم يجز على أحد قولي **مالك** أنه في حكم اللحم، وإن كان مما تطول حياته، وعلى قوله أنه كالذي يراد للقنية؛ يجوز، وإن كان مما لا تطول حياته لم يجز على قوله، ويجوز على ما ذكره **ابن القصار** وغيره.

وإن كان أحدهما تطول حياته ولا يراد للقنية والآخر لا تطول لم يجز عند **مالك**، ويدخله اللحم بالحي على أحد قوليه، وعلى قوله أن ما تطول حياته في حكم الحي؛ يختلف هل يجوزان على التحري؟

وعلى قول **أشهب** يجوز ذلك كله كيفما تصرفت به[(٢)] الحالات من الاختلاف؛ لأنه حي كله.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٦.

(٢) في (ب): (فيه).

والقول ألا يجوز على التحري، وإن سلم[1] أنه في حكم اللحم أحسن؛ لأن التحري لا يأتي على الحقيقة.

وقد تقدم ذكر الاختلاف في بيع اللحم باللحم على التحري في الكتاب الأول، وما قيل: إنه لا يجوز إلا عند عدم الموازين، والقول الآخر: أن ذلك لا يجوز بحال أحوط.

---

(١) في (ب): (سلم).



باب
في بيع اللبن والبيض بعضه ببعض

اللبن عند **مالك** في حكم ما يدخر؛ لأنه يعمل منه ما يدخر: السمن والجبن وما أشبه ذلك، واللبن وما يؤول[1] عنه على وجوه: حليب، ومخيض، ومضروب، وزبد، وسمن، وجبن، وأقط، فبيع الحليب بالحليب، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن، والجبن بالجبن، والأقط بالأقط متفاضلاً ممنوع قولاً واحداً[2].

واختلف في بيع الحليب بالحليب متماثلاً: فأجازه **مالك** في المدونة[3]، وحكى عنه **أبو الفرج** المنع، قال: لما بينهما من الزبد المجهول. فمنعه من وجه الغرر، لا من وجه المماثلة؛ لأن المماثلة موجودة.

وهذا يصح إذا كانوا يريدونه ليستخرج زبده، وإن كانوا لا يريدونه لذلك جاز.

والأول أصوب، ولو منع ذلك لاختلاف ما يراد منهما لما جاز بيع قمح بقمح؛ لاختلاف ريعهما، ويجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالسمن متماثلاً، وكذلك الجبن بالجبن إلا أن يكون اليابس بالطري.

ولا يجوز الحليب بالزبد ولا بالسمن ولا بالجبن ولا بالأقط، ولا يجوز بيع شيء من هذه بالآخر؛ لأن الادخار موجود والتفاضل ممنوع، والمماثلة معدومة لا يقدر عليها.

---

(١) في (ب): (يزول).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٨.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٨.

ويختلف في بيع المخيض بالمخيض، والمضروب بالمضروب متفاضلاً؛ لأنهما لا يدخران، فمن منع التفاضل فيهما منع أن يباع شيء منهما بحليب أو زبد أو سمن أو غيره مما تقدم ذكره؛ لأنه كالرطب باليابس.

ومن أجاز التفاضل أجاز بيع أحدهما بأي ذلك أحب من الحليب وغيره، وقال **مالك** في **المدونة**: لا بأس بالسمن باللبن الذي قد[1] أخرج زبده[2].

وهذا لا يصح إلا على القول/ أن التفاضل بينهما جائز؛ لأنه كالرطب باليابس.

(ب) ٣٧٧/أ

وأرى أن يجوز التفاضل في المخيض بالمضروب؛ لأنه مما لا يدخر، ومن منع ذلك حمله على الأصل، وقد تقدم الاختلاف في التين والعنب الشتوي، هل يمنع التفاضل بينهما ويحمل على الغالب من جنسه، أو يجوز؛ لأنه لا يدخر في نفسه ويفسد.

فصل

[في بيع البيض بالبيض]

اختلف في التفاضل في البيض: فمنعه **مالك**، ورآه مما يدخر[3].

وذكر **ابن شعبان** فيه قولين: الجواز، والمنع.

والأول أبين أنه مدخر، وإنما يسرع إليه التغير في بعض أزمنة الصيف.

---

(١) قوله: (قد) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٤٨، بلفظ: قلت لمالك: فلبن الحليب بلبن الماخض وقد أخرج زبده واحد باثنين؟ قال: لا خير فيه إلا مثلا بمثل قيل له: أفتراه مثلا بمثل لا بأس به؟ قال: نعم لا بأس به.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٣٨٠.

قال محمد: والبيض كله صنف بيض ما يستحيا وبيض[1] ما لا يستحيا، وما يطير وما لا يطير[2].

وقال مالك في بيع[3] بيض النعام وبيض الأوز وبيض الدجاج: يتوخى أن يكون قدراً واحداً.

قال محمد: ذلك إذا استثنى صاحبه قشره، فإن أسلمه بقشره لم يصلح وزناً؛ لأنه لو نحّى قشرة دون الآخر لكان فساداً، وإنما يريد مشتريه أن يبقى في قشره إلى وقت استعماله[4]. وقد يحمل قول مالك في تسليم بيض النعام بقشره لهذا، ويكون في موضع لا ثمن له فيه، والقياس ألا يجوز ذلك جملة.

وقد تقدم ذكر الاختلاف في بيع اللحم باللحم تحرياً، وألا يجوز أصوب؛ لأن حقيقة المماثلة إنما تصح بالوزن أو الكيل، وذلك لا يعقل؛[5] لأنه يصير إلى حالة لا تقبله النفس، والتحري لا يأتي على المماثلة حقيقة، ولو كانت شركة فقسمت جاز؛ لأنه يجوز أن يَفْضُلَ أحدهما صاحبه في القسم، ولا يجوز في البيع.

---

(١) قوله: (بيض) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٦.

(٣) قوله: (بيع) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٦، بلفظ: قال محمد: وأرى في بيض النعام إن استثنى صاحبه قشره، فلا بأس به بغيره من البيض تحريًا، ولا يجوز أن أسلمه بقشره؛ لأن له ثمنًا.

(٥) في (ب): (يفعل).

باب



في بيع الزيت والعسل والخل بعضه ببعض



الزيوت والعسول أصناف، والخلول صنف، ويفترق الجواب في الأنبذة هل هي صنف أو أصناف؟ فزيت الزيتون، والجلجلان والفجل والقُرطُم، وزيت زريعة الكتان، والجوز واللوز أصناف، يجوز بيع كل واحد منها بالآخر متفاضلاً[1]، ويجوز التفاضل في زيت زريعة الكتان؛ لأنه لا يراد للأكل، ويجوز بيعه بزيت الزيتون نقدا وإلى أجل، ويجوز التفاضل في زيت اللوز؛ لأنه لا يراد للأكل غالباً، وإنما يراد للعلاج ويدخل في الأدوية، وكذلك زيت الجوز عندنا.

وعسل النحل والقصب والقشر[2] أصناف يجوز بيع[3] أحدهما بالآخر متفاضلاً، وخل التمر والعنب والتين والعسل صنف لا يجوز التفاضل فيه، ويجوز مثلاً بمثل؛ لأن منافعه الآن متقاربة، فلم يراع الأصل وإن كانت[4] أصنافاً.

واختلف في نبيذ الزبيب والتمر: فقال **مالك** لا يصلحان إلا مثلاً بمثل؛ لأن منفعتهما واحدة[5].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٦.

(٢) في (ت): (العشر).

(٣) قوله: (بيع) ساقط من (ب).

(٤) في (ت): (كان).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ١٥١.

وقال ابن حبيب: الأشربة الحلال ما كان من التمر والزبيب والتين[(١)].

وقال أبو الفرج: عصير العنب والتمر صنفان ما داما حلوين، فإذا خللا لم يجز التفاضل بينهما. وهذا أبين؛ لأن التمر بنبيذه والعنب بعصيره لا يجوز متفاضلاً، ولم ينقله ما يحدث فيه من عصر وانتباذ عن أصله، وإذا كانت باقية على أصولها وكان التمر بالعنب متفاضلاً جائزاً[(٢)]، جاز الفضل بين نبيذيهما، فإذا صارا خلاً جازت بأصولهما متفاضلة، ولو طالت مدة الانتباذ حتى انتقل طعمه عن أصله جاز بأصله متفاضلاً، واعتبر حينئذ الحالة التي هما عليها، هل يتقارب طعمهما ومنفعتهما أم لا؟

واختلف في بيع التمر بخله، والزبيب بخله، فأجيز ذلك على الإطلاق.

وفي ثمانية أبي زيد أنه فاسد؛ لموضع المزابنة حتى يتبين الفضل، مثل قول مالك في الجلد بالأحذية.

فصل

[في بيع الزيتون بعضه ببعض وبزيته، وبيع قصب السكر بعضه ببعض]

ويجوز بيع الزيتون بالزيتون مثلاً بمثل، وإن كان زيت أحدهما أكثر من الآخر؛ كالقمح بالقمح، والقمح بالشعير والسلت؛ يجوز كيلاً وإن كان الريع مختلفاً، ولا يباع الزيتون بالزيت.

واختلف إذا كان ذلك الزيتون لازيت فيه مثل زيتون مصر: فمنعه مالك،

---

(١) في (ب): (والتمر صنف).

(٢) في (ب): (جائز).

وأجازه **ابن نافع** في المبسوط، ويختلف على هذا في بيع الزيتون المصري بالآخر متفاضلاً، وقول **ابن نافع** هو أحد القولين في بيع التين والعنب الشتوي بالصيفي، فلا يجوز التفاضل في المصري بعضه ببعض؛ لأنه مما يدخر.

ولا يباع السمسم بزيته إلا أن يدخله صنعة فيعمل بالورد، أو بالبنفسج، أو الياسمين، فيباع به نقداً أو إلى أجل؛ لأن ذلك يخرجه عن حكم الطعام، وإنما يراد حينئذ للعلاج، ويباع أحد هذه الأدهان بالصنف الآخر متفاضلاً يداً بيد، وإلى أجل؛ لأنها ليست بطعام ومنافعها مختلفة.

ولا يباع القصب بعسله ولا برُبه إلا أن يدخله الأبزار[1]، وأجيز في **السليمانية** بيع قصب السكر وعسل القصب بالسكر؛ لأن ذلك صنعة ويطول أمره، ومنع **مالك** التفاضل بين السكر؛ لأنه عنده يستعمل للتفكه[2]، ومنه يعمل أهل مصر حلواتهم، ولا يراد عندنا إلا للعلاج.

ولا يجوز بيع عسل القصب بِرُبِّهِ[3]، وهو كالطري باليابس؛ لأن عسل القصب إذا عمل رُبا[4] نقص. / (ب) ٣٧٧/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٥١.

(٢) في (ت): (تفكهاً). وانظر: المدونة: ٣/ ١٥٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٧.

(٤) في (ت): (عسل ربها).

باب



فيما يكون من الأطعمة صنفاً أو أصنافاً، والصنعة التي تخرجه عن أصله



القمح والشعير والسلت صنف واحد. واختلف في العلس والأرز والذرة والدخن، فقال **مالك**: هي أصناف يجوز التفاضل بينها وبين الآخر(١).

وقال **مالك** في كتاب **ابن حبيب** في العلس مع الحنطة: صنف واحد في الزكاة والبيع(٢). وقال **ربيعة** في **مدونة أشهب**: في الذرة أنها مع القمح صنف واحد في الزكاة والبيع.

وذكر عن **الليث** أنه قال: القمح، والشعير، والسلت، والأرز، والذرة، والدخن صنف واحد في الزكاة والبيع، قال: لأنها تخبز خبزاً(٣).

وهو **أقيس** على قولهم أن أخبازها صنف واحد؛ لأن هذه الأشياء ليست تؤكل على حالها وإنما تراد للخبز(٤)، إلا الشعير فإنه يستعمل على الوجهين جميعاً على حاله ويختبز.

وقال **أشهب** في كتاب **محمد**: أخبازها كلها صنف واحد(٥).

وقال **ابن القاسم** في **العتبية**: أكره خبز القمح بخبز الأرز متفاضلاً، فإذا

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٦، بلفظ: قال أشهب: والأرز والدخن والذرة أصناف، حبه ودقيقه، فإذا صار خبزًا تقاربت منافعه وحرم التفاضل فيه.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٢٦٢، بلفظ: قال ابن كنانة: هو صنفٌ من الحنطةِ يقال له: العلسُ، يكون باليمن يُجمعُ مع الحنطةِ. قال ابنُ حبيبٍ: وهو قول مالكٍ فيه.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٢/ ٥١١، بلفظ: وقال الليث: كل ما يختبز، فيه الصدقة.

(٤) في (ت): (لتختبز).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

كان الغرض استعمالها خبزاً، وكانت أخبازها كلها[1] صنفاً واحداً كانت أصولها كذلك، وليست كالخلول؛ لأن التمر والزبيب استعمالها على حالها وطعمها حينئذ متباينة[2].

ويلزم على القول أن أصولها مختلفة أن يجوز التفاضل فيها، ويجوز التفاضل في أخبازها.

وكل ما طُحن من هذه الأصناف فلا يخرجه الطحين[3] عن أصله فلا يجوز الفضل بينهما، وكذلك إن عُجن، فإن خبز أو عمل سويقاً كان ذلك صنعة يخرجه عن أصله، فيجوز التفاضل إذا بيع بحبه، والفرق بين ذلك أن الطحين لم ينقل طعمه ولا منفعته، وأكثر ما فيه تفرقه أجزائه، وكذلك إذا عجن فإنما أضيف إليه ماء، فإذا خبز انتقل طعمه ومنفعته وتباين الغرض بينهما، وكذلك إذا عُمل منه سويق انتقل طعمه ومنفعته، وإذا كان الطحين ليس بصنعة ولم يجز الفضل فقد اختلف في بيع أحدهما بالآخر كيلاً على ثلاثة أقوال:

فقال مالك: يجوز بيع القمح بالدقيق كيلاً لا فضل بينهما[4].

وقال في كتاب ابن حبيب: لا يجوز إلا فيما قل على وجه المعروف بين الجيران والرفقاء، ولا يجوز فيما كثر لزيادة القمح وريعه إذا طحن[5].

وقال أبو الحسن ابن القصار: يجوز موازنة ولا يجوز مكايلة.

---

(١) قوله: (كلها) ساقط من (ب).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ١٩٢.

(٣) قوله: (يخرجه الطحين) في (ت): (يخرج بالطحين).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٤٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٧.

وظاهر قول مالك في كتاب ابن حبيب: أنه لا يجوز مكايلة ولا موزانة، ولا يصلح[١] أن يجوز موازنة إلا أن يقال: إن المماثلة بين القمحين تجوز من طريقين: الكيل والوزن، وإذا جاز[٢] ذلك قبل الطحن جاز إذا طحن أحدهما؛ لأنه ليس في طحنه أكثر من تفرقة أجزائه.

وإن قيل: إن المماثلة بالكيل خاصة لم يجز إذا طحن أحدهما على الوزن، وكان الوجه امتناع المبايعة جملة، فلا يجوز على الكيل؛ لقول النبي ﷺ: **«أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ»**[٣] الحديث، ولا على الوزن؛ لأن استواء الوزن لا يدل على استواء الكيل؛ لأن الكيل يستوي والوزن يختلف.

ولا يصح حمل قولهم على ما وزنه وكيله سواء؛ لأنهم لم يتكلموا على بيع صورة معينة، ولا على نازلة في عين، وإنما أطلقوا الجواب في بيع القمح بالدقيق وزناً، وإن كان غير معين، وفي **البخاري ومسلم** قال النبي ﷺ: **«مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»**[٤].

ففي قوله: **«ووزن معلوم»**[٥] دليل على أنه كان لا[٦] يباع عندهم على الكيل والوزن.

ويختلف في بيع الدقيق بالسميد[٧]؛ فيجوز على من أجاز القمح بالدقيق،

---

(١) في (ت): (يصح).

(٢) قوله: (إذا جاز) في (ت): (وأجاز).

(٣) سبق تخريجه، ص: ٣١٠٦.

(٤) سبق تخريجه في كتاب السلم الأول، ص: ٢٨٧٨.

(٥) قوله: (ففي قوله: ووزن معلوم) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (لا) ساقط من (ب).

(٧) في (ت): (بالسميذ). والسميد: هو خلاصة الدقيق ولبابه. انظر: أساس البلاغة: ١/ ٢٢٦، والفائق في غريب الحديث: ١/ ٣٣٠.

ويمنع على القول الآخر؛ لأن السميد إذا سُحق زاد ريعه، وإن كان هذا قول بعض المخالفين، فهو قياس أحد قولي مالك، ولا يجوز الفضل بين العجينين، واختلف عن **ابن القاسم** في العتبية هل يباع أحدهما بالآخر على التحري؟ **والمنع أصوب**؛ لأنه لا يبلغ معرفة ما خالط كل واحد من الماء.

وكذلك الدقيق بالعجين لا يجوز على تفاضل، ويختلف إذا كان[1] تحرياً.

واختلف قول مالك في هذا الأصل في اللحم الطري بالقديد على التحري[2]، وأجاز في كتاب محمد رطب الخبز بيابسه تحرياً[3]، ولا يجوز الفضل بين الخبز والكعك إلا أن يكون فيه أبزار.

ويجوز ذلك بين الإسْفنجة[4] والخبز والكعك؛ لأن الزيت ينقل طعمها، كما ينقل الأبزار[5]، وبين الخبز والسويق؛ لأن منافعها وطعومها متباينة[6]، وكره مالك الحنطة المبلولة بالمقلوة حتى تطحن، وأجازه ابن القاسم[7].

واليابسة بالمقلوة كذلك[8]، ويجوز الدقيق بالمقلوة قولاً واحداً؛ لأنه قد فات أن يعمل من أحدهما ما يعمل من الآخر[9]، واختلف في الحنطة المبلولة

---

(١) قوله: (كان) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٢.

(٤) الإسفنجة: الزلابية مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: ٤/ ٣٥٣.

(٥) هي التوابل، انظر: مختار الصحاح ١/ ٢١.

(٦) في (ت): (مختلفة).

(٧) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٢.

(٨) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٣.

(٩) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٣.

بالمبلولةفمنعه مالك؛ لأن البلل يختلف[١]. وقيل: ذلك جائز إذا كان ما بُل به هذا مثل مابُل به الآخر[٢].

وأما المقلوة بالمقلوة، فإن كانا قد بُلا[٣] قَبْلُ لم يجز؛ لإمكان اختلاف البلل، وإن لم يبلا وتساوى القلي جاز؛ لأن البل[٤] ينفخ القمح عما كان قبل.

فصل

[في أصناف القطاني والتفاضل بينها]

(ب) ١/٣٧٨

لا خلاف في القطاني[٥] أنها لا تضاف إلى القمح وما ذكر/ معه وأن الفضل بينهما جائز، واختلف هل هي صنف؟ فجعلها **مالك** مرة صنفاً لا يجوز التفاضل فيها[٦]، ومرة أصنافاً. وفرق **ابن القاسم** في **كتاب محمد** فقال: القطاني أصناف ما خلا الحمص باللوبيا والبسيلة بالجلبان، فإنهما متشابهان في الأكل والمنفعة[٧].

وفي السليمانية: الحمص واللوبيا صنفان، والقول إن جميعها صنف أحسن[٨]، وهي في تقاربها أشبه من الشعير والسلت بالقمح والترمس من القطنية.

واختلف في الكرسنّة: فقال **مالك** في **العتبية**: هي من القطنية وتزكى

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٤.

(٢) انظر: المعونة: ٢/ ١٠.

(٣) قوله: (كانا قد بُلا) في (ت): (كانتا قد بلتا).

(٤) في (ت): (القلي).

(٥) وهي الحبوب التي تدخر كالحمص، والعدس، والباقلى، والترمس، والدخن، والأرز. انظر لسان العرب (١٣/ ٣٤٢).

(٦) انظر: المدونة: ١/ ٣٨٤.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

(٨) في (ت): (أشبه).

معها[١]. وقال **ابن حبيب**: هي صنف لا تجمع مع القطنية في الزكاة ولا في البيع[٢]. واختلف في أخباز القطنية بعد القول: إنها إذا كانت حباً أصناف فقال **ابن القاسم**: خبزها مختلف كاختلاف حبها[٣]. وقاله **أشهب** مرة، وقال أيضاً: لا يصلح ذلك متفاضلاً[٤].

قال **محمد**: وهذا أحب إلينا، وهو مثل سويقه[٥]. **وأرى** أن ينظر في ذلك: فإن كان إذا صار خبزاً تباينت منافعه وطعمه جاز التفاضل، وإن كان الأصل مختلفاً كخبز القمح والذرة والأصل مختلف؛ فالتفاضل إذا صار خبزاً ممنوعٌ.

واتفقا أن سويق القطنية صنف لا يجوز التفاضل بينهما، وإن جاز في حال كونه حَبّاً.

والسويق والخزيرة صنف، فأجاز **ابن القاسم** بيع أحدهما بالآخر متماثلاً. وهذا صحيح على أصله؛ لأنه يجيز القمح بالدقيق، وعلى القول الآخر يمنع؛ لأن الخزيرة جليل السويق، فلو طحن كالسويق كان له ريع.

ولا يجوز الحمص اليابس بالمسلوق متفاضلا؛ لأن ذلك ليس مما يطول، ولا يتكلف فيه كبير مؤنة، ولا متماثلاً؛ لأنه رطب بيابس، وكذلك يباس الفول بمسلوقه، وإن كان الفول أكثر مؤنة، وقد يجوز ذلك في الترمس يابسه بما يصلح للأكل؛ لأنه يطول أمره ويتكلف فيه مؤنة[٦].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٢/ ٤٩٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٢٦٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

(٦) قوله: (مؤنة) ساقط من (ت).



باب
في بيع اللحم باللحم نيئه بمطبوخه

وإذا كان اللحم صنفاً واحداً، جاز بيع بعضه ببعض إذا كانا ذبحا في وقت واحد أو متقارب، وإن بَعُدَ ما بينهما وجف أحدهما دون الآخر لم يجز مثلاً بمثل.

ويختلف هل يتحرى ذلك النقص أو يكون ذلك على وجه التفضل من صاحب الأول، وهما في الجودة سواء، أو كان الأول أجود فيجوز؛ كما قال في الدنانير القليلة بأوزن منها، وإن كان الأول أدنى لم يجز وكان رباً[(١)].

واختلف هل يتحرى عظم كل واحد من اللحمين؟ فالظاهر من المذهب الجواز من غير اعتبار في ذلك.

وقال **ابن شعبان**: يتحرى أو يفصل[(٢)] منه.

والأول أحسن إذا كانت شاة بشاة أو نصفاً بنصف، وقد أجاز النبي ﷺ التمر بالتمر مكايلة[(٣)]، وإن كان مختلف النوى وبعضه منتقى والآخر على غير ذلك.

---

(١) قوله: (كان رباً) في (ت): (وكانت الربا).

(٢) في (ت): (يفضل).

(٣) ونصه: عن النبي ﷺ أنه قال: الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والبر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل والتمر بالتمر والملح بالملح فمن زاد أو استزاد فقد أربى». أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب: اعتبار المتماثل فيما كان (٥/ ٢٩١)، وهو متفق عليه بنحوه، أخرجه البخاري: ٢/ ٦٧٠، في باب بيع التمر بالتمر، من كتاب البيوع، برقم(٢٠٦٢)، ومسلم: ٣/ ١٢٠٩، في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٨٦).

وإن كان لحماً معظماً[1] وأحدهما كثير العظام؛ لم يجز إلا على وجه المكارمة والتفضل من أحدهما للآخر[2]، ويعتبر مثل ذلك في قسمته إلا أن المقاسمة تجوز أن يفضل أحدهما الآخر فيعطى أوزن، فإذا جاز أن يعطى أوزن جاز أن يكون مبايناً للعظام ما لم يكن لحمه أحسن، وقد يكون موضع من الشاة أطيب لحماً.

وأجاز **ابن القاسم** بيع الرؤوس بعضها ببعض موازنة، وإن دخل في ذلك رأس برأسين، وعلى القول الآخر لا يجوز إلا أن يتحرى اللحم.

واختلف في بيع الشاة بالشاة إذا ذبحتا ولم تسلخا على التحري على ثلاثة أقوال:

فقال **ابن القاسم**: لا بأس به إذا كان يقدر فيه على التحري حتى يكونا مثلاً بمثل[3]. قال **أصبغ** في **كتاب محمد**: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر فيه على التحري ويقع فيه اللحم المغيب.

وقال **فضل بن سلمة**: لا ينبغي ذلك وإن استطيع تحريهما إلا أن يستثني كل واحد منهما جلد شاته.

وأرى أن يمنع ذلك كله؛ لأنهما إن دخلا على تسليم الجلود في المعاوضة كان بيع عرض وطعام بعرض وطعام، وهو في هذا بخلاف حلية السيفين إذا كانت تبعاً؛ لأن تلك للضرورة في نزعها، وإنما تشترى لتبقى على حالها، وهذه تنزع جلودها.

---

(١) مخرومة في (ت).

(٢) قوله: (أحدهما للآخر) في (ت): (الآخر).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٦.

وإن دخلا على أن الجلود لأربابها دخله الفساد من وجهين: الغرر؛ لأنه لحم مغيب.

والآخر: التفاضل؛ لأن التحري لا يأتي على المثل بالحقيقة.

وبيع القديد بالقديد، والمطبوخ بالمطبوخ، والمشوي بمثله جائز مثلاً بمثل.

وقال **ابن حبيب**: لا خير في القديد بالقديد؛ لأن يابسه يختلف، ولا في المشوي بالمشوي؛ لأنه لا يعتدل(١).

وبيع أحدهما بالآخر وبالنيء مثلاً بمثل لا يجوز؛ لأنه رطب بيابس، وهذا إذا كان لا أبزار(٢) فيهما(٣)، فإن كان الأبزار في أحدهما جاز مثلاً بمثل ومتفاضلاً.

قال **ابن حبيب**: وذلك إذا غيرته الصنعة بالتوابل والأبزار التي عظمت فيها المنفعة، فأما ما طبخ بالماء والملح فلا.

وقال **ابن القاسم** في قلية اللحم بالعسل وقليه بخل ولبن: لا يجوز التفاضل فيه؛ لأنه مطبوخ كله(٤). يريد: إذا تعاوضا اللحم باللحم خاصة، وإن أدخل الأوداك في المعاوضة جرى على الخلاف في بيع قمح ودقيق بقمح ودقيق. / (ب) ٣٧٨/ب

والقياس أن يجوز التفاضل بين قلية العسل والخل؛ لأن الأغراض بينهما متباينة.

قال **محمد**: لا بأس بالأرز المطبوخ بالهريسة(٥) مثلاً بمثل، ولا يصلح

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٢٣.

(٢) قوله: (لا أبزار) في (ت): (الإبزار).

(٣) زاد في (ب): (أو فيهما إبزار).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٥.

(٥) الهَرِيس الحب المهْروس قبل أن يُطْبَخ، فإذا طبخ فهو الهَريسة، وسُميت الهَريسَةُ هَرِيسَةً لأَن =

الفضل بينهما[1].

قال أصبغ: وهو مثل عجينهما لا يصلح إلا بالتحري[2]. يريد إذا طبخ الأرز باللحم والأرز والقمح وإن كانا صنفين فالأصل: يجوز التفاضل بينهما، فإذا صارا إلى هذه الصفة تقاربت منفعتهما، فلم يجز التفاضل وجاز بيع كل واحد منهما متفاضلا.والقمح بالهريسة، والأرز غير مطبوخ بالمطبوخ؛ لأن إضافة اللحم إلى أحدهما تخرجه عن أصله؛ لأنه نقله عن طعمه؛ كإضافة الأبزار إلى اللحم، ويجوز بيعه بما لم يطبخ وبما طبخ بغير أبزار متفاضلا.

ويجوز بيع الهريسة بالخبز متفاضلا كان فيها لحم أو لم يكن؛ لأن كون اللحم فيه صنعة، وصنعته غير صنعة الخبز، وإن لم يكن فيها لحم جاز؛ كما أجزنا القمح بالهريسة.

فصل

[في بيع مد قمح أو دقيق بمثله، ومد حنطة أو دقيق بمد حنطة ومد دقيق]

قال مالك: ولا يصلح مدا قمح ودقيق بمدي قمح ودقيق، وإن كانت سمراء كلها، أوبيضاء كلها، وكذلك مد قمح ومد شعير بمد قمح ومد شعير[3].

قال ابن القاسم: خشي الذريعة؛ لما يكون بين القمحين من الجودة أو

= البُرِّ الذي هي منه يدق ثم يطبخ. انظر: لسان العرب: ٦/ ٢٤٧.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٨.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٧.

لفضل ما بين الشعيرين، فيأخذ فضل شعيره في حنطة صاحبه[١].

قال: وهو مثل من باع مائة دينار كيلاً ومائة درهم بمائة دينار ومائة درهم كيلاً[٢].

وقال **محمد** في مدي قمح أو دقيق بمد حنطة ومد دقيق: إن كان مدا[٣] الحنطة ليس أحدهما أرفع من مدي[٤] الحنطة والآخر أدنى، كان الدقيق أو الحنطة فلا بأس به، وإن كان مد الحنطة والدقيق كلاهما أجود أو أدنى مما قابلها أو أحدهما أجود أو أدنى والآخر مثل ما قابلها جاز، كما قلنا في المراطلة. قيل **لمحمد**: لم[٥] كره مالك مد حنطة ومد دقيق بمثلها؟ قال: كرهه **مالك** للذريعة، ولا بأس به عندي[٦].

قال **ابن ميسر**: لا يعجبني شيء من ذلك، ولا يعجبني قول **محمد**[٧].

يريد: لأن هذا مما يختلف فيه الأغراض، ولا يقطع أن هذا القمح مثل هذا، ولا أن الدقيق مثل الآخر، بخلاف الدنانير، ولهذا نظرها **ابن القاسم** بدنانير ودراهم، ولم يرها بمنزلتها إذا كانت دنانير كلها؛ لأنه يقطع إذا كانت إحداهما سكة واحدة، وضرب أمير واحد، وبلد واحد، وعيار واحد، ألا فضل لأحدهما على الآخر، فيتقى الفضل في الأخرى، ولا يقطع بمثل ذلك في

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٧.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ١٥٧.

(٣) في (ب): (مد).

(٤) في (ب): (مد).

(٥) في (ب): (فقد).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٦.

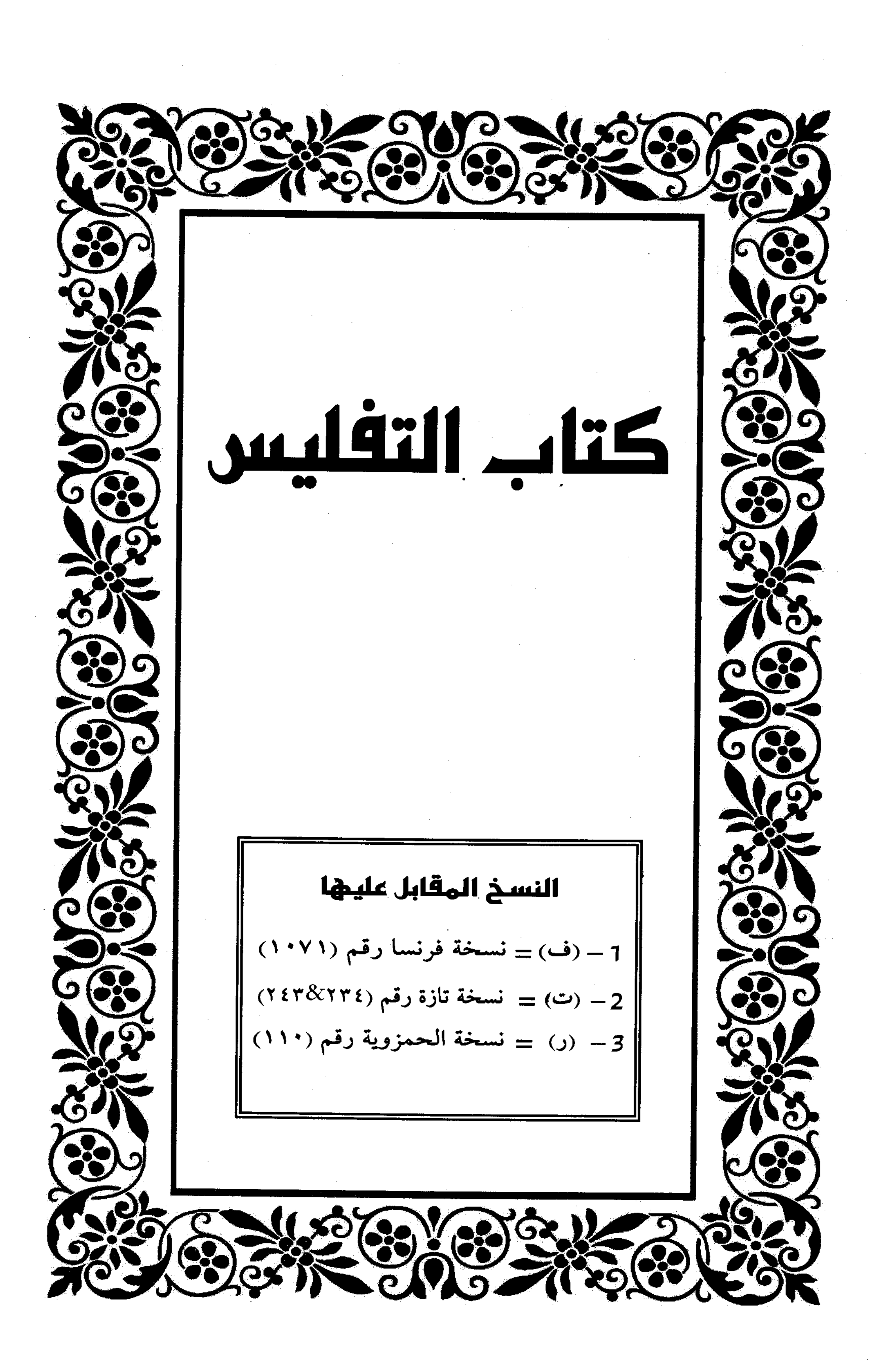
القمحين، فقد نجد قائلاً يقول: هذا أسوأ، وآخر يقول: هذا أفضل، وثالثاً يقول: بل الآخر أفضل، ولا نجد مثل ذلك في الدنانير على أن **الصواب** في الدنانير المنع؛ كما قال بعض أهل العلم؛ لأنا لا نجدهما يخرجان عن[1] تلك الذهبين المتساويين[2] إلا لغرض علماه وقصدا به المبايعة، ولولا ذلك لأمسك كل واحد منهما الدنانير المتساوية وتراطلا في المختلفة، وهو في القمحين **أبين**؛ لاختلاف الأغراض فيهما، وهو حرام لا يحل.

تمَّ كتاب السلم الثالث
بحمد الله وعونه

---

(١) قوله: (عن) ساقط من (ب).

(٢) في (ت): (المتساوية).



كتاب التفليس

النسخ المقابل عليها

1 - (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

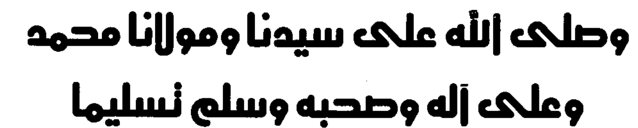
2 - (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤&٢٤٣)

3 - (ر) = نسخة الحمزوية رقم (١١٠)





(ف ٢/أ)



وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد
وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

/ كتاب التفليس

باب

في الغرماء وهل يفلس الواحد غريمه

ومن حق الغرماء إذا تبين فلس غريمه الحجر عليه، وانتزاع ما في يديه، وقد حجر النبي ﷺ على معاذ بن جبل، وقسم ماله بين غرمائه[1]، وفعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقال: أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، ثم ادان معرضا، فمن كان له عليه شيء فليأتنا فإنا نبيع ماله[2]. فإن خالفهم الغريم وادعى الملاء وامتنع من التفليس كشف السلطان عن ماله[3]، فإن وجد وفاء بجميع دينه لم يفلس، وإن لم يجد وفاء فلس، وهذا هو المعروف من المذهب.

---

(١) أخرجه البيهقي: ٦/ ٤٨، في باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، من كتاب التفليس، برقم (١١٠٤١)، وأخرجه الدارقطني: ٤/ ٢٣٠، في باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، برقم (٩٥) قال ابن حجر في تلخيص الحبير: ٣/ ٣٧: (قال ابن الطلاع في الأحكام: هو حديث ثابت).

(٢) أخرجه مالك: ٢/ ٧٧٠، في باب جامع القضاء وكراهيته، من كتاب الوصية، برقم (١٤٦٠)، وأخرجه ابن أبي شيبة: ٤/ ٥٣٦، في رجل يركبه الدين، من كتاب البيوع والأقضية، برقم (٢٢٩١٥)، وأخرجه البيهقي: ٦/ ٤٩، في باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، من كتاب التفليس، برقم (١١٠٤٦).

(٣) قوله: (عن ماله) ساقط من (ر).

وفي كتاب محمد: إذا كان في يديه أكثر مَن حقٍّ[١] من حلّ[٢] دينُه وقام بفلسه لم يفلس[٣]، وليس بحسن إلا أن يكون ما فضل عن الأول إذا تجر فيه وفاء لحق الآخر عند محل دينه، وإن كان ما في يديه كفافا لمن حل دينه، وله مؤجل مثل المؤجل[٤] الذي عليه في العدد والأجل على موسر أو كان محل دينه أبعد أجل وهو أكثر عددا، فإن بيع الآن أو عند محل ما عليه وفى بالدين لم يفلس، وكذلك إن كان أجل دينه[٥] قبل وهو أقل، ويرجى بعد قبضه[٦] وتجره به[٧] أن يوفى بما يحل عليه.

فصل

[في وجه من يقوم بالفلس]

وقيام الواحد بالفلس[٨] على ثلاثة أوجه:

فإما أن يكون هو أحد الغرماء، أو يكون الدين[٩] له وحده، وهو حال أو مؤجل.

فإن كان أحد الغرماء كان له تفليسه، وإن كره ذلك من سواه ويقسم ما ظهر له[١٠] ويسجن فيما عجز، قال محمد: إلا أن يرضى غرماؤه لهذا[١١] أن يأخذ من الظاهر جميع دينه أو[١٢] يدفعوا ذلك من أموالهم فلا يفلس[١٣]، وإن لم يكن عليه دين لغير[١٤] من قام به ودينه حال كان له أن يفلسه إن ادعى

(١) في (ت): (دين).
(٢) قوله: (حل) ساقط من (ر).
(٣) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ٢١.
(٤) في (ر): (الرجل).
(٥) في (ت): (فما).
(٦) في (ر): (قبله).
(٧) قوله: (به) ساقط من (ر).
(٨) في (ر): (في الفلس).
(٩) قوله: (الدين) ساقط من (ر).
(١٠) قوله: (له) ساقط من (ر).
(١١) قوله: (غرماؤه لهذا) يقابله في (ت): (الغرماء).
(١٢) في (ر): (أن).
(١٣) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ٢١.
(١٤) قوله: (لغير) ساقط من (ر).

الغريم الفقر فإن وجد سلعته كان بالخيار بين[1] أخذها أو تباع له، فإن لم يوف ما بيعت به سجن في الباقي، وإن لم يجد سلعته سجن حتى يوفي أو يثبت فقره، وإن كان دينه مؤجلا ولم[2] يتغير حاله عن يوم عامله ولا كان غره من فلس لم يكن له أن يفلسه، وسواء كان يجد عند الأجل شيئا أم لا، وإن ظهر منه إتلاف وخشي أن لا يجد عند الأجل شيئا كان له أن يحجر[3] عليه، ويحل دينه إلا أن يضمن له أو يجد ثقة يتجر له فيه، ويحال بينه وبينه، وإن غره من فلس لم يكن له عند مالك مقال لا في أخذ سلعته ولا في تعجيل حقه، والأبين أن يكون له أن يأخذ[4] سلعته لأن العسر عيب، ومعلوم أن ثمن ما يباع به من المعسر مخالف لما يباع به من الموسر، وكثير من الناس من[5] لا يرضى البيع من المعسر، وإن أضعف في[6] الثمن، وإذا كان ذلك له أمر يأخذ سلعته وليس له أن يتعجل الثمن ولا أن[7] تباع له السلعة بالنقد لأنه لم[8] يحدث من المشتري أمر خلاف ما كان عليه، وإنما له أن يأخذها لأجل عيب الذمة.

---

(١) في (ر): (بمن).

(٢) قوله: (ولم) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (أن يحجر) يقابله في (ر): (الحجر).

(٤) قوله: (أن يأخذ) يقابله في (ت): (أخذ).

(٥) قوله: (من) ساقط من (ر).

(٦) في (ر): (له).

(٧) قوله: (أن) ساقط من (ر).

(٨) في (ر): (لا).

باب





فيمن فلس وله مالان حاضر وغائب، أو كان له، أو[1] بيده قراض، وهل يعجل مال[2] قسمة مال[3] المفلس

وإذا كان للمفلس مالان حاضر وغائب وليس في الحاضر وفاء بما عليه، والغائب قريب الغيبة وفيه وفاء لم يفلس، فإن شك في قدره أو وجوده لم يعجل تفليسه، وكتب في غائبه، فإن كان موجودا وفيه وفاء لم يفلس، وإن كان غائبه[4] بعيد الغيبة وشك في قدره أو وجوده لحالة طرأت هناك/ أوجبت شكا فلس لجميعهم ولم يوقف لاختبار ماله هناك.

(ف ٢/ب)

واختلف إذا كان فيه وفاء ومعلوم الوجود، فقال ابن القاسم: لا يفلس ويقضي الذين حلت ديونهم، وليس لمن وجد سلعته أن يأخذها ويترك الآخرون إلى حلول ديونهم، وقال أشهب: يفلس، وإن علم ملاؤه قال: ولو كان رجل حاضر بمصر وله مال بالأندلس ولا يدري ما حدث على ماله أليس بفلس، وبه أخذ[5] أصبغ[6]، قال: [7] أو يكتب بفلسه[8] حتى يستتم عليه[9].

---

(١) قوله: (له، أو) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (يعجل مال) يقابله في (ر): (تعجل).

(٣) قوله: (قسمة مال) يقابله في (ت): (قسمه).

(٤) قوله: (غائبة) ساقط من (ر).

(٥) في (ت): (قال).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٦٥.

(٧) قوله: (قال) ساقط من (ت).

(٨) قوله: (أو يكتب بفلسه) يقابله في (ر): (ويكتب تفليسه).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤.

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: أما إذا تباين البلدان مثل مصر والأندلس فتفليسه أحسن، وكذا إذا لم يكونا على ذلك من البعد إلا أنه لا يقدر على القضاء من الغائب عند حلول الأجل، وإن كان يقدر على القضاء[١] منه حتى كتب فيه وأتى به عند حلول الأجل أو بعده بالشيء اليسير لم تحل ديونه، لأن محمل الغائب على السلامة والتلف نادر، ثم ينظر فيما حل من ديونه، فإن كان في يديه كفاف له[٢] لم يفلس لهم، وإن لم يكن فيه وفاء فلس لهم[٣]، وكان لمن وجد سلعته أن يأخذها إذا كان ثمنها حالا، ويكون مفلسا لمن حل دينه غير مفلس لمن لم يحل دينه[٤]، وإذا كان الحكم فلسه لجميعهم وفلس كان من حقهم أن يكتب لهم بما كان من فلسه، وما يثبت لهم من الديون، وبما ناب كل غريم في المحاصة ثم ينظر في غائبه، فإن لم يكن فيه وفاء استتم فلسه[٥] حسب ما فعل[٦] الحاكم الأول ودخل معهم من لم يحل دينه، وعلى هذا محمل قول أصبغ، وإن كان فيه وفاء وكان بلوغ البلد[٧] قبل حلول ما عليه لم يعجل دينه، وكان من حق الغريم إن كان حاضرا هناك أن يقبض ماله وينتفع به إلا أن يكون المؤجل عرضا أو طعاما مما[٨] الحكم أن يقضى[٩] بالبلد الأول، وإن من حق

---

(١) قوله: (من الغائب عند حلول الأجل، وإن كان يقدر على القضاء) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (لهم) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (دينه) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (وفلس كان من حقهم... وفاء استتم فلسه) ساقط من (ر).

(٦) في (ت): (تقوم).

(٧) قوله: (البلد) ساقط من (ر).

(٨) قوله: (مما) ساقط من (ت).

(٩) قوله: (أن يقضى) يقابله في (ت): (فيه).

الطالب[١] أن يقوم بقدر حقه[٢] ويتوخى سعره بالبلد الذي يقضى به ويبعثه[٣] الحاكم لمن يقوم بالقضاء إذا حل الأجل.

وإن وجد على الغريم دين بالبلد الآخر وليس في ذلك المال ما يوفى بالدينين بدئ الآخرون فيأخذون جزءا مثل الجزء الذي أخذه من قبل نصفا أو ثلثا أو غيره، وما فضل تحاصوا فيه، وإن لم يكن في الغائب[٤] ما يوفي بمثل ذلك الجزء؛ رجع هؤلاء على الأولين حتى يساووهم إلا أن يكون هذا الدين مستحدثا بعد الفلس فيكون للأولين إذا كان المال متقدما حين فلسه، وإن كان محدثا من هذه المعاملة تحاصوا فيه دون الأولين، وإن كان من هبات أو ميراث دخل فيه جميعهم والحكم[٥] فيمن فلس وهو حاضر وماله غائب، أو كان غائبا بالبلد الذي فيه ماله أو بغير البلد سواء.

فصل

[فيمن فلس وله قراض]

ومن فلس وله قراض جاز بيعه، أجبر العامل على بيعه، وكذلك إذا كان الدين على العامل وفيه فضل جبر على البيع، وإن لم يجز البيع لم يجبر على بيعه أيهما فلس صاحب المال أو العامل، وأرى إن رضي الغرماء أن يضمنوا للعامل ما يربح في مثلها عند أَوَانِ البيع أن يمكنوا الآن من بيع تلك السلع، فإن جاء وقت البيع دفعوا ذلك إليه، فإن لم يربح في أمثالها ذلك الوقت لم يكن له شيء،

(١) قوله: (وإن من حق الطالب) يقابله في (ر): (وإنما الحق للطالب).

(٢) قوله: (حقه) ساقط من (ر).

(٣) في (ت): (يبيعه).

(٤) في (ر): (الغالب).

(٥) قوله: (والحكم) ساقط من (ر).

وقال مالك في كتاب محمد فيمن اشترى بمال قراض متاعاً وخرج به إلى موضع، فقام غرماء صاحب المال بيع لهم، وأما غرماء العامل فلا يباع لهم حتى يحضر صاحب المال، وإن كان مربحاً[(١)]، يريد: لما كان غرماء صاحب المال يحلون محله، ولو لقي صاحب المال العامل بذلك البلد لانتزعه منه لأن القراض على أول نضة ولم يكن ذلك لغرماء العامل؛ لأنه لو أراد أن يترك المال بذلك البلد لم يكن ذلك له، ومن حق صاحب المال أن يرد العامل إلى حيث قبضه، ولو علم من العامل أنه لم يتكلف السفر إلا لما يرجو من الربح فيما يرجع به لم يكن لصاحب المال ولا لغرمائه انتزاعه منه إلا بعد الرجوع، وإن وجد وقد اشترى بثمن ما باع لم يكن لهم أن يأخذوه منه حتى يقدم به، وهو بمنزلة من لم يجز بيعه.

فصل

[في الرجل يقوم عليه بعض غرمائه بتفليسه]

وإذا جمع مال المفلس قسم بين غرمائه من غير استثناء إذا لم يكن معروفا بالدين، والفلس والموت في ذلك سواء، وإن كان معروفاً بالدين استؤني في الموت، واختلف في الحياة، فقيل: لا يستأنى لأن ذمته قائمة، وقيل: يستأنى[(٢)] وهو أحسن لأنه إذا أمكن أن يكون تعلق / بذلك المال حق لغير من حضر لم يعجل عليه، ولأنه لا خلاف أنه إن ثبت حقه بعد القسم أن له أن يرجع عليهم كالموت، فإن لم يتربص أمكن أن يجد من يجب عليه الرجوع، وقد غلب أو تلف ذلك، وإذا علم جميع غرمائه ومنهم من لم يقم وحضر القسم استؤذن من

(ف ٣/أ)

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٩٩ و٥٠٠، ١٢/ ٣٥٩.

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٧٦ و٧٧.

لم يقم هل تسقط المحاصة بدينه أم لا؟ فإن لم يستأذن وأسقط الغرماء نصيبه من المحاصة وهو عالم ولم يقم لم يكن له بعد ذلك قيام، وإن لم يستأذن، وقال: علمت أنكم[١] علمتم بديني، وظننت أنكم وقفتم نصيبي، وإنما كرهت أن أحضر[٢] لمثل لهذا كان القول قوله مع يمينه، إلا أن تطول المدة مما يعلم أنه لم يكن يرضى ببقاء ذلك في الوقف لو كان وقف له، ومحمل قول ابن القاسم أنه[٣] على أنه علم أنه[٤] لم يوقف لأنه نظرها بالمفلس يعتق فإصراف نصيبه لغيره كإصراف ما استحق منه القبض في العتق، وإن لم يعلموا بدينه ولم يقم لم يكن له قيام بحال، لأنه عالم أنهم لم يوقفو له شيئاً.

---

(١) قوله: (علمت أنكم) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (أن أحضر) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (أنه) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (علم أنه) ساقط من (ر).

باب



خلع المفلس من ماله وما يباع عليه، وكيف يباع وهل يقضي الغرماء من مال لا يملكه إذا كان يملك انتزاعه



وإذا ثبت فلس الغريم جمع السلطان ماله وحجر عليه التصرف فيه، كان السلطان المتولي للبيع والقضاء يبيع ما كان لتجارة أو لقنية وداره وخادمه ودابته وسرجه وسلاحه، واختلف في خاتمه، فأجاز ذلك[١] ابن القاسم بيعها[٢] ومنعه أشهب[٣]، والأول أبين، ويترك لباسه، قال ابن القاسم في كتاب محمد: إلا أن يكون فيها فضل[٤]، يريد: فيباع ويشترى دونها، وإن كان لثياب جمعته فضل بيعت، وإلا تركت[٥]، وهذا استحسان، والقياس البيع، ويباع مصحفه.

واختلف في بيع كتب العلم، فكره ذلك[٦] مالك مرة ومنعه أخرى، قال مالك[٧] في كتاب محمد: لا تباع للغرماء، وإن مات كان الوارث وغيره ممن هو أهل الانتفاع بها سواء[٨]، وقال محمد بن عبد الحكم: يجوز بيعها، قال: وقد

---

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (بيعها) ساقط من (ر).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ١٥٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٨. قال في العتبية: ويترك له للسنة إلا أن يكون فيها فضل عن لباس مثله.

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٣٢٦.

(٦) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٧) قوله: (مالك) ساقط من (ت).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٩.

حضرت بيع كتب ابن وهب، وقد كان أبي وصيه، وحضرها غير واحد من أصحاب مالك وغيرهم، وبيعت بثلاثمائة دينار وستين دينارا[١]، ولا تباع أم ولده ولا يؤاجر لغرمائه، وتباع كتابة المكاتب وكذلك خدمته العبد[٢] المعتق إلى أجل، وإن طالت العشر سنين ونحوها[٣]، وتباع من خدمة المدبر السنة والسنتين، وإن كان له عبد أخدمه رجلا لم يبع من حقه، وسواء كانت الخدمة حياة المخدم أو السنة والسنتين، وإن فلس المخدم كانت تلك الخدمة التي يعطيها كالعرض وإن كانت سنين معلومة العشر ونحوها بيعت[٤]، وإن كانت حياة المخدَم أو المخدَم بيع منها[٥] ما قرب السنة و[٦] السنتين، وإن اكترى دارا أو دابة أو عبدا[٧] وكان نقض الكراء بيعت تلك المنافع المدة[٨] التي أكراها.

فصل

[فيما يباع على المفلس من الدين المؤجل والرهن]

ويباع من دينه ما كان مؤجلاً إذا كان عيناً أو عرضاً أو طعاماً من قرض، وإن كان طعاماً من بيع أُخِّرَ حتى يحل أجله، وكذلك ما لم يبد صلاحه يؤخر بيعه حتى يبدو صلاحه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٠، ٣/ ٢١٢.

(٢) قوله: (وكذلك خدمته العبد) يقابله في (ر): (وخدمة).

(٣) قوله: (ونحوها) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (بيعت) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (منها) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (السنة و) ساقط من (ر).

(٧) قوله: (أو عبدا) ساقط من (ت).

(٨) قوله: (المدة) ساقط من (ر).

ومن كان له عليه دين مؤجل حاص بعدده إن كان عينا، وبمثله إن كان غير عين أو كان حالا، فما صار له في الحصاص اشترى له مثل صفة دينه، فإن تغير سوق ذلك بغلاء قبل أن يشترى به[١] لم يرجع على أصحابه بشيء لأنه لو ضاع جميعه قبل أن يشتري لم يرجع عليهم، وإن صلح سعره اشترى له الجزء الذي كان نابه في الحصاص اشترى له مثل صفة دينه[٢] ودخل معه أصحابه في الفضل بمنزلة ما[٣] طرأ للمفلس، وقال عبد الملك[٤] بن الماجشون في كتاب ابن حبيب: لا يدخلون معه في الفضل، ومر في ذلك على أصله[٥]، لأن من أصله أن المصيبة منه إن هلك قبل أن يشتري به.

وقال ابن القاسم في العتبية: إذا كان الدين[٦] عرضا وقال صاحب الحق[٧]: لا تعجل[٨] حقي حتى يحل أجله أنه يجبر على أخذه[٩].

وقال ابن نافع في المبسوط: إذا قال الغريم انا أعطي حميلا بما علي إلى أجله لم يقبل منه[١٠]، وقد حل ما عليه بتفليسه.

---

(١) في (ت): (له).

(٢) قوله: (اشترى له مثل صفة دينه) ساقط من (ت).

(٣) في (ر): (من).

(٤) قوله: (عبد الملك) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (ومر في ذلك على أصله) ساقط من (ت).

(٦) قوله: (الدين) ساقط من (ر).

(٧) في (ر): (الدين).

(٨) في (ت): (أتعجل).

(٩) انظر: البيان والتحصيل: ٧/ ٩٧.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات١١/ ٢٢٩. قال سحنون: سمعت أشهب وابن نافع يقولان: سئل مالك عمن كانت له على رجل مائة درهم، فسأله أن ينظره ويتحمل له بها حميل. قال: لا بأس بذلك.

والقياس إذا رضي الطالب تأخير حقه أن يكون ذلك له لأن القيام الآن حق له لا عليه، وأن يكون ذلك للمطلوب إذا أتى بحميل، لأن الأصل الأجل، وإنما توجه/ للطالب مقال خوف أن لا يجد عند الأجل شيئا، فإذا ضمن له حقه سقط مقاله، ومن كان له دين لم يحل وبيده رهن فيه كفاف بحقه لم يحل دينه لأنه لا ضرر عليه.

(ف ٣/ب)

وقال عبد الملك[(١)] ابن الماجشون في كتاب محمد: إذا كان بيد أحد الغرماء رهن فإنه يحاص بجميع حقه إلى أن يباع الرهن[(٢)]، ومحمل ذلك على أنه مما[(٣)] لا يجوز بيعه الآن كالثمر والزرع الذي لم يبد صلاحه، ولو كان مما يجوز بيعه وبدا صلاحه لبدئ بيعه ولم يبتدئ بالمحاصة، ثم يباع الرهن، فإن كان في الرهن فضل كان مقال الغرماء في ذلك الفضل.

فقال ابن القاسم في العتبية: يباع الرهن إذا كان فيه فضل قبل الأجل فيقبض المرتهن دينه، ويقضي الباقي للغرماء[(٤)]، يريد: إذا كان الدين عرضا أو عينا من قرض، وإن كان عرضا من بيع كان من حق المرتهن أن يبقى إلى أجله.

وفي كتاب محمد فيمن اشترى عبدا بثمن إلى أجل ثم رهنه عبدا آخر ففلس المشتري كان الغرماء بالخيار إن شاءوا دفعوا الثمن لبائع العبد، ويباع المرتهن ويتحاص الغرماء في الفضل، وإن شاءوا أسلموه لبائعه ويكون بائعه بالخيار بين أن يفتديه ويحاص الغرماء بما فداه[(٥)]، يريد: ويكون العبد له[(١)]، وإن شاء أسلمه وحاص الغرماء بالثمن، وفي فضل

---

(١) قوله: (عبد الملك) ساقط من (ر).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٨٧.

(٣) قوله: (مما) ساقط من (ت).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١١/ ٧٤ و٧١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦١.

العبد له[١]، وإن شاء أسلمه وحاص الغرماء بالثمن، وفي فضل ثمنه بعد افتكاكه إن فضل شيء، وإن كان الرهن زرعا أو ثمرا لم يبد صلاحه كان للمرتهن أن يقوم الآن ويضرب بدينه، فإذا بدا صلاح الزرع بيع له، فإن كان فيه وفاء رد ما أخذ في المحاصة، وإن لم يكن فيه وفاء وكان دينه مائه وباع الرهن بخمسين وكان الذي صار إليه في المحاصة[٢] خمسين كان الباقي من دينه بعدما بيع به الرهن خمسين فيمسك من الذي أخذ في المحاصة خمسة وعشرين، لأنها التي كانت تنوبه لو كان بيع الزرع له، ويرد خمسة وعشرين فيضرب فيها بخمسة وعشرين لأنه الباقي من دينه.

فصل

[فيما يستأنى به مما يباع على المفلس]

وإذا توجه البيع في حال المفلس لم يكن عليه أن يبيعه بالحضرة ويستأنى بذلك ليشتهر أمر البيع في القرب والبعد في الديار والعبيد والديار والدواب[٣] والثياب، وذلك على حسب العادة في كل صنف منها.

قال مالك: يستأنى في الديار والأرضين الشهر والشهرين، وفي الحيوان والعروض يسيرا، والحيوان دون العروض[٤].

قال الشيخ رحمه الله: إلا أن يكون العطاء من الأول مستوفى ولا يرجى فوقه زيادة، وما يرى أن المبادرة إلى العقد أو لئلا يثني رأيه على الشراء فلا يؤخر،

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (وإن لم يكن فيه وفاء وكان دينه مائه... في المحاصة) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (والديار والدواب) ساقط من (ت).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٨٢.



وكذلك إذا قال الغرماء أو أحدهم أنا آخذه بكذا لما لا[1] يرجى بعده زيادة، وإن كان على غير ذلك استؤني به ثم بيع على الخيار رجاء أن يأتي زائدا[2] والعادة أن بيع القاضي على خيار، وإن لم يشترط إلا أن يكون المشتري غير عالم بالعادة، فإن له أن يقوم فينجز له البيع أو يرد إذا كره البقاء على خيار.

فصل

[فيما ينتزع لقضاء دين المفلس]

ولا ينتزع لقضاء دينه مال مدبره، ولا مال أم ولده، ولا معتقه[3] إلى أجل إذا لم يرض الغريم؛ لأنه ملك لغيره، فإن أحب السيد انتزاعه لقضاء ما عليه جاز[4] على المستحسن من القولين، وكذلك هباته لولده له اعتصارها، ولا يجبر على ذلك.

وقال مالك في كتاب محمد في رجل[5] تصدق على ابنين له بدار على وجه[6] الحبس، وقال: إن شاءوا أمسكوا وإن شاءوا باعوا فرهقهما دين، وقام غرماؤهما، قال: [7] فلهما أن يبيعا الدار لأن أباهما شرط لهما إن شاءا باعا، وإن شاءا أمسكا[8].

---

(١) قوله: (لا) ساقط من (ر).

(٢) في (ت): (تأتي زيادة).

(٣) في (ر): (معتقة).

(٤) قوله: (جاز) ساقط من (ر).

(٥) في (ت): (من).

(٦) في (ت): (جهة).

(٧) في (ت): (فقيل).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٣.

وإن وجبت له شفعة وفيها فضل لم يجبره الغرماء على أخذها، واختلف إذا هو رضي بالأخذ، فقال مالك وابن القاسم: ذلك له[١]، وقال سحنون: ليس ذلك له[٢]، وهو أبين، ومن أصل مالك أن الشفيع لا يستشفع للبيع ولا للربح، وإنما جعلت الشفعة لدفع مضرة القسم، فإذا كان الشفيع مجبوراً على بيع نصيبه للدين صار الأخذ لغير ما وضعت له.

فصل

[في القدر الذي يترك للمفلس من النفقة والكسوة]

تقدم القول فيما يترك من الكسوة على المفلس[٣]، واختلف إذا كانت الثياب على أهله وولده قد خلقت هل تجدد لهم، فروى ابن القاسم عن مالك أنه قال: يترك له قدر ما يعيش فيه في نفقة له، وكسوة له ولأهله وعياله، ويشك في زوجته، وكذلك إن واجر نفسه[٤]، وإنما شك فيها حفظ عن مالك ليس في الفقه، لأن الزوجة أوجب حقّاً في ذلك من الولد، وإذا ترك للولد كان أولى أن يترك للزوجة.

وقال سحنون: ولا يترك لها كسوة[٥]، وعلى هذا لا يترك للولد[٦]، وهو

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠٤. قال ابن عبدوس: قال سحنون: لمالكٍ فيها تفسير لم يقع عليه أشهب، وكانت تُعجِبُ سحنون ويراها أصلاً حسناً، وهي للمغيرة.

قال المغيرة: وإذا أبى الورثة أن يُقضى الدين وقالوا ولكن يُباع المالُ فإن كان فيه فضل ورثناه قال: لا شفعة لهم ولا للغرماء، لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذي به الشفعة.

(٣) في (ت): (للمفلس).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٥٢، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٨.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٥٢.

(٦) قوله: (للولد) ساقط من (ر).

(ف ٤/أ)

أبين، وحسبهم ما كان عليهم، ولا أرى أن يستأنف له أيضا/ كسوة، ويكفيه ما كان يجتزء به قبل ذلك[1].

واختلف في النفقة، فقال ابن القاسم في كتاب الزكاة يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام[2]، وقال مالك[3] في كتاب محمد: يترك نفقة شهر[4]، وقال ابن القاسم في العتبية: إلا أن يكون المال يسيرا لا خطب له، فيترك له نفقة الأيام[5].

وقال ابن كنانة في كتاب المدنيين: لا يترك له شيء، وقال محمد: إذا كان الذي يوجد له الذي يتجر فيه لا خطب له، فإنه يترك له ما يعيش به[6]، قال أصبغ: إن مقدار ذلك لو جمع مثل نفقة شهر أو نحوه[7].

قال الشيخ ﷺ: الأصل للغرماء أن ينتزعوا جميع[8] مال غريمهم كما قال ابن كنانة، ويكون هم وغيرهم في مواساته[9] سواء، والترك استحسان وأرى أن يعتبر فيما يترك له قدر ثلث المال الذي معه وعياله[10]، والسعر من الرخص والغلاء، فإن ترك له[11] نفقة الشهر مع الغلاء وكثرة العيال أضر بالغرماء[1]،

---

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٥٢.

(٣) قوله: (وقال مالك) يقابله في (ت): (وقاله).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٨.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٥٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٨.

(٨) قوله: (جميع) ساقط من (ت).

(٩) قوله: (في مواساته) يقابله في (ت): (فيما سواه).

(١٠) قوله: (وعياله) ساقط من (ت).

(١١) قوله: (له) ساقط من (ر).

فإن ترك له ذلك مع كثرة المال ورخاء السعر لم يضر بهم، وأما مع قلة ما في يديه فالخمسة أيام والجمعة حسن، ويصح أن لا يترك له شيء، وذلك أن يكون ذا صنعة وصنعته قائمة متى انتزع ما بيده راح بقوته وقوت عياله، وقيل: يترك للصانع النفقة اليسيرة خوف المرض، وليس يبين؛ لأن المرض نادر، ولأنه لا يخشى أن يكون ذلك بقدر ما يفلس، ولأن الغالب من المفلس[٢] أن يؤخر ويكتم، وإن فلس العبد المأذون له في التجارة[٣] انتزع ما في يديه كالحر، وإن كان يؤدي لسيده خراجا في حال تجارته من ربحه مضى له ما أخذ، وإن كان يؤدي ذلك من رأس ماله رد ما أخذ[٤]، وإن كان صانعاً يشتري الشيء ويصنعه كان أحق بما في يديه، ولا مقال على السيد فيما أخذ من الخراج مما قابل صنعته، وإن كان عنده فضل أخذ منه، وإن علم أنه كان على خسارة انتزع من السيد ما أخذ، وإن أبقى السيد في يديه شيئا من خراجه لم يأخذه الغرماء، وإن كان في يديه مال وهب له أو تصدق به عليه أو أوصى به له قضى منه دينه إلا أن يشترط المعطي أن يتسع فيه العبد، ولا يقضى منه.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا بعث المفلس[٥] بنفقة لأهله كان للغرماء أخذها إن قاموا بالحضرة، وإن قاموا بعد قدر ما يرى أنهم أنفقوها لم يكن عليه شيء، فإن قالوا بقرب قبضها قضينا[٦] منها نفقة متقدمة، أو كراء لم =

---

(١) في (ت): (أضرب الغرماء).

(٢) في (ر): (الفلس).

(٣) قوله: (له في التجارة) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (ما أخذ) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (المفلس) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (قضينا) ساقط من (ت).

يصدقوا إلا أن يأتي بلطخ أو شبهة أو برهان[١] ولم يجعل لأهله أن يحبسوا منها نفقة الشهر والأيام لأنهم قد أخذوا ذلك عند المفلس[٢]، وإن قالوا لم يدفع إلينا شيئا حلفوا وحلف الرسول إذا[٣] وصل ذلك ولم يكن للغرماء مقال على واحد منهم، وهذا على أصل عبد الملك أن القول قول الرسول في الدفع بغير بينة، وعلى أصل ابن القاسم يحلف مرة ويغرم الرسول.

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٠.

(٢) في (ت): (الفلس).

(٣) في (ر): (أنه).

باب



في بيع المفلس وشرائه ونكاحه وهبته وعتقه وقضاء دينه ورهنه وإقراره



أفعال من تبين فلسه أو فلس على ثلاثة أوجه جائزة وممنوعة، ومختلف فيها، فالأول بيعه وشراءه وهبته للثواب ونكاحه وما أشبه ذلك مما يخرج عن[1] المعاوضة جائز قبل الفلس وبعد الفلس والحجر إذا اشترى على أن يقضي من غير ما حجر عليه فيه، فإن باع قبل الحجر بمحاباة ردت المحاباة، وإن باع بعد الحجر بغير محاباة كان بيعه موقوفا على الاختيار[2]، فإن كان إمضاؤه من حسن النظر أمضى، وإن كان فيه[3] بخس رد، وإن لم يكن[4] مما يراد بمثله المحاباة، وإن شك فيه التمس به[5] الزائد، فإن لم يوجد أمضى، وهذا ما لم يقبض الثمن أو قبضه وكان قائماً بيده، وإن أنفقه كان لهم أن يرجعوا في السلعة إلا أن يرضى المشتري أن يدفع الثمن مرة أخرى، وإن اشترى بعد الحجر على المال الذي فلس في رد إلا أن يكون فيه فضل ويقرب بيعه إلا أن يرضى البائع أن يباع له ولا يدخل معه الغرماء فيكون بمنزلة مبايعته بعد اقتسام ما في يديه، ونكاحه قبل التفليس وبعده جائز ويفترق الجواب في الصداق، فإن كان العقد قبل الحجر حوصص بالصداق، وإن كان بعد الحجر

---

(١) في (ت): (على).

(٢) في (ت): (الاختبار).

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (لم يكن) يقابله في (ت): (كان).

(٥) قوله: (به) ساقط من (ت).

لم يضرب له، وكان صداقها فيما يفيده بعد وهبته وصدقته وعتقه بتلا أو[١] مؤجلا وتدبيره قبل الحجر وبعده سواء كان ذلك مردود لأن ذلك معروف، والدين مبدا على معروفه[٢] / إلا أن يكون في خدمة المعتق إلى أجل، وفيما يجوز بيعه[٣] من خدمة المدبر وما يوفي بالعاجز من دينه ويفترق الجواب في إيلاده، فإن كان قبل الحجر لم تبع للغرماء، وإن كان بعد الحجر بيعت بعد الوضع دون ولدها.

(ف) ٤/ب

واختلف في الكتابة، فقيل: هي من ناحية العتق، فترد، وقيل: من ناحية البيع العتق فتمضي، وأرى أن ينظر في قيمته مكاتبا فإن كان مثل قيمته رقيقا مضت، وسواء كان قبل الحجر أو بعده، لأنه لا ضرر على الغرماء إلا أن يتعذر بيع المكاتب، وإن كانت قيمته مكاتبا أبخس من قيمته غير[٤] مكاتب إلا أنه يوفي بالدين لم ترد، وإن كانت لا توفي ردت إذا كانت بعد الحجر، وإن كانت قبل وكان البخس لتخفيف[٥] في الكتابة لما يرجو من الولاء ردت، فإن كانت الكتابة على حسن النظر[٦] من السيد، ومن ناحية التجارة لكثرة النجوم مضت بمنزلة من باع سلعته بثمن إلى أجل وكان بيع ذلك الدين إن بيع لا يوفي بالثمن لو بيعت على النقد، فإنه لا يرد، واختلف في

---

(١) قوله: (أو) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (والدين مبدا على معروفه) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (بيعه) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (غير) ساقط من (ت).

(٥) في (ر): (التخفيف).

(٦) في (ر): (نظر).

قضاء دينه ورهنه، واختلف قول مالك في قضائه دينه ورهنه[١]، فأمضاه مرة ورده أخرى، وجعل للغرماء أن يدخلوا مع القابض والمرتهن فيحاصوه[٢]، وقد تقدم ذلك في كتاب المديان.

فصل

[في إقرار المفلس قبل الحجر عليه وبعده]

وإقراره قبل الحجر لمن لا يتهم عليه جائز، واختلف إذا أقر لمن يتهم عليه[٣] كالأب والأخ والزوج، وأن لا يجوز أحسن لأنه يتهم أن يواطئه على ذلك ليرده إليه.

وإقراره بعد القيام عليه على ثلاثة أوجه[٤] فيجوز إذا كانت الديون التي قيم عليه بها بغير بينة وهو إقراره[٥] كله أو[٦] كان أصحاب[٧] البينات لا يستغرقون جميع ما في يديه أو يستغرقون، وكان يعلم من المقر له معاملته، وأنه كان يتقاضاه وأقر له بما يشبه أن يداينه به، ولا يجوز إقراره بعد الحجر، والاستسلام تقريره على[٨] ما عليه، واختلف في ثلاث مسائل:

إحداها: إذا كان الإقرار بعد القيام وقبل الحجر والسجن والاستسلام[٩].

---

(١) قوله: (واختلف قول مالك في قضائه دينه ورهنه) ساقط من (ر).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٦٣ و٤/ ١٤٣.

(٣) قوله: (عليه) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (أوجه) ساقط من (ت).

(٥) في (ت): (إقرار).

(٦) في (ت): (و).

(٧) في (ت): (بعض).

(٨) قوله: (على) ساقط من (ر).

(٩) قوله: (والاستسلام) ساقط من (ر).

الثانية: إذا ثبتت المعاملة بالبينة وأقر أن[١] عين المشتري قائمة.

والثالث: إذا أقر بأمانة قاموا عليها[٢] كالوديعة والبضاعة والقراض، فقال مالك مرة: إذا قاموا عليه على وجه التفليس وسجنوه[٣]، وقال محمد: إذا قاموا عليه على وجه التفليس وحالوا بينه وبين ماله ومنعوه البيع والشراء أو الأخذ والإعطاء واستسلم لم يجز إقراره حينئذ إلا بالبينة[٤].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: إنما من حق الغرماء الحجر في البيع والشراء، ولا يحجر عليه الإقرار؛ لأنه كان مطلق اليد في الشراء ولا يعرف ما اشتراه إلا منه، فيحتاج إلى استفساره، فإن بادر بعض الغرماء بالحجر عليه لم يقطع ذلك حق من سواهم، وإنما ينبغي للحاكم[٥] أن يبتدئ بسؤاله عما عليه للناس[٦] فيكتب ذلك ويشهد به، ولو كان لا يقبل إلا قول من أتي به إلى المحاكمة والحجر عليه لبطلت[٧] أموال الناس، وأكثر الناس يتبايعون بغير إشهاد لا سيما[٨] البزازين وأصحاب الإدارات[٩] فهي بيوعهم.

ولو قال بعد أن كشف عن ديونه، وسمى كل واحد لفلان علي كذا

---

(١) قوله: (وأقر أن) يقابله في (ت): (أو إقراره).

(٢) قوله: (قاموا عليها) ساقط من (ر).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٧٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٤.

(٥) قوله: (للحاكم) ساقط من (ت).

(٦) في (ت): (الناس).

(٧) في (ر): (ليطلب).

(٨) قوله: (لا سيما) يقابله في (ر): (سيما).

(٩) في (ت): (الإرادات).

وكذا[١]، وقد أشبه لقبل قوله إذا كان ذلك بالقرب، وكذلك لو قال كنت[٢] عقدت الشراء من فلان في كذا أو بعته كذا لقبل قوله إذا كان ذلك عندما سئل، وقد قيل في المقارض يسلم المال ثم يقول: نسيت نفقة أو ما أشبه ذلك: أنه يقبل قوله إذا كان بقرب ذلك.

واختلف إذا ثبت البيع أو الإيداع، ثم قال بعد الفلس: هذا الثوب الذي كنت اشتريته أو الوديعة التي قبضت، فقيل[٣]: لا يقبل إقراره، وقيل: لا يقبل في البيع[٤] ويقبل في الإيداع، والبضائع والقراض، وأن يقبل في الجميع أحسن؛ لأن الأصل وجود هذه الأشياء حتى يعلم أن تصرف فيها، ولأنه لا يتهم في أن يكون يعطيهم ما كان أخذ منهم، والتفرقة بين البيع والإيداع والبضائع وجه؛ لأنه يقول قبض المبيع على أنه يتصرف فيه لنفسه، فلا يقبل قوله في بقائه، وقبض الوديعة على أن تبقى على حالها لصاحبه، والقراض على أن ينصرف فيه لصاحبه، فلم يجز أن يحمل على أنه تعدى وخان أمانته وتصرف فيها لنفسه.

واختلف في الصانع يفلس فيقر فيما في يده أن هذه السكينة[٥] أو الغزل لفلان، فقال مالك في العتبية: لا يقبل قوله لعله أن يخص صديقه أو يواطئ هذا؛ ليرد عليه[٦].

---

(١) قوله: (وكذا) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (قال كنت) يقابله في (ر): (كانت).

(٣) في (ر): (قال).

(٤) قوله: (لا يقبل في البيع) ساقط من (ر).

(٥) في (ر): (السبيكة).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٠٢.

وقال ابن القاسم: يقبل إقراره لمن أقر له، وإن لم تكن لهم[١] بينة، وقال محمد: يبطل قوله إذا كان على أصل الدفع بينة أو على إقراره قبل الفلس، وإن لم تعرف ذلك البينة بعينه[٢].

(ف) ٥/أ

وقول ابن القاسم / أحسن لأن الصناع منتصبون لمثل هذا، وليس العادة الإشهاد عند الدفع، ولا يعلم ذلك إلا من قولهم، وهم مثل المقر بالقراض والودائع؛ لأنه يقبض ذلك ليبيعه[٣] لأربابه يصنعه ثم يسلمه فلم يجز أن[٤] يحمل عليه[٥] أنه خالف فيه، وهذا إذا لم يدع ذلك المقر به أحد[٦] من القائمين عليه، فإن ادعاه وقال: بل[٧] أنا دفعته حلف المقر له وكان له[٨]، ويرجح قول الصانع أنه منه أخذ، وإن سرق بيته أو احترق واعترف في شيء مما سلم أنه لفلان، كان القول قوله؛ لأنه في السرق والاحتراق ولم يحجر عليه، وهو بمنزلة من تبين فلسه ولم يضرب على يديه، وقد قال ابن نافع في المبسوط: لا يجوز إقرار من تبيين فلسه، وإن لم يضرب على يديه وليس بحسن.

---

(١) قوله: (لهم) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨.

(٣) في (ر): (ليبقيه).

(٤) قوله: (يجز أن) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (عليه) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (أحد) ساقط من (ت).

(٧) قوله: (بل) ساقط من (ت).

(٨) قوله: (له) ساقط من (ر).

فصل

[في المفلس يقر بالدين ثم يداين آخرين]

وإذا لم يقبل إقرار المفلس لمن أقر له بعد الحجر ثم داين آخرين لم يدخل معهم، لأنه كان راضٍ بالتفليس وحقه على قوله فيما كان أخذ أصحابه، واختلف إذا صح إقراره ولم يرض بتفليسه ولا دخل في المحاصة، فقال محمد: له أنه يدخل مع الآخرين[١]، وقال مطرف في كتاب[٢] ابن حبيب: لا يدخل معهم[٣]، وإن كان غائباً في حين فلسه ثم قدم كان له أن يدخل على[٤] الأولين فيحاصصهم، ويختلف إذا أحب أن يدخل مع الآخرين فعلى قول محمد يكون ذلك له.

وقال ابن القاسم في كتاب السرقة: لا يدخل معهم، وهو موافق لقول مطرف، وهو أحسن لأن هذه الأموال للآخرين ولا شرك للأول فيها.

واختلف إذا أبقى أحد الأولين في يديه نصيبه في المحاصة، فقال ابن القاسم: يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى كمداينة حادثة، وفي كتاب ابن حبيب: أنه يضرب بأصل دينه وهو أحسن إذا لم يكن أراد فلسه، وإنما قام بحقه لئلا ينتفع به أصحابه، وإن كان بنية التفليس[٥] قُبل بنية حدثت[٦]. فكما قال

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٩. قال ابن المواز: وقال أشهب في المفلس يقر بدين لرجل ثم يداين آخرين، ثم يفيد فائدة: أن المقر له يدخل فيها مع الأولين والآخرين، ثم لا يرجع الأولون على المقر له فيأخذوا منه ما أخذه.

(٢) قوله: (في كتاب) يقابله في (ت): (عند).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨.

(٤) في (ر): (مع).

(٥) في (ت): (الفلس).

(٦) قوله: (قُبل بنية حدثت) يقابله في (ر): (ثم نيته حالة الآن).

ابن القاسم: وإذا اقتسم مال المفلس ثم وجد في يديه مال فإنه لا يخلو أن يكون معاملة محدثة[١]، أو من فائدة هبة أو ميراث، ولم يعامل أحدا بعد التفليس أو بعد أن عامل وهو قائم الوجه، أو بعد أن فلس ثانية، فإن كان من معاملة، وقال الذين فلسوه أن في يده فضلا ليأخذوه كشف السلطان عن ذلك، فإن وجد فضلا آخر[٢] في يديه بقدر ما يوفي الآخرين، وقضى بالفضل للأولين، وإلا[٣] لم يعرض له[٤]، وإن كان من فائدة ولم يعامل أحدا بعد الفلس أخذه الذين فلسوه على الحصص المتقدمة إن لم يكن فيه وفاء، وإن كان قد عامل آخرين وفلسوه اقتسم تلك الفائدة الأولون والآخرون بقدر الباقي لهم، فإن كان قائم الوجه لم يفلس بعد كان الأولون أحق بالفائدة، لأن محمله في المعاملة الثانية على الوفاء، وإن قضى الفائدة الآخرين كان للأولين أن يأخذوا مثل ما قضى مما في يديه من المعاملة الثانية، وإن تبين فلسه في المال الثاني تساوى حق الأولين والآخرين في اقتسام الفائدة إن قاموا به، فإن لم يقوموا حتى قضى[٥] أحد الفريقين أو رجلا منهم مضى على أحد قولي مالك في قضاء من تبين فلسه، لأن الحجر الأول قد ذهب وبقي مطلق اليد في البيع والشراء والاقتضاء.

وقال ابن الماجشون في كتاب محمد: إذا داين قوما آخرين ثم أفاد مالا بقي للأولين وهم أولى به من الآخرين ما لم يقع فلس ثان وهي في يديه لأن ذمته الثانية[٦] قائمة، يريد أن محمله في المداينة الآخرة على الوفاء ولم يرد أنها تكون

---

(١) قوله: (محدثة) ساقط من (ت).

(٢) في (ر): (أمر).

(٣) قوله: (إلا) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٥) في (ر): (قضاها).

(٦) قوله: (لأن ذمته الثانية) ساقط من (ت).

للأولين مع العجز عن الوفاء للآخرين.

فصل

[في الحصاص على المفلس بما لم يكن عن معاوضة]

واختلف في الحصاص بما لم يكن عن معاوضة كنفقة الزوجتين والولد والأبوين والصداق والجنايات، فقال ابن القاسم في كتاب النكاح: يضرب للزوجة بما أنفقت على نفسها، قال سحنون: في الدين المستحدث ولا تحاص إذا كان الدين قبل الإنفاق[١].

وفي كتاب محمد: تضرب في الفلس[٢]، وقيل: لا يضرب في فلس ولا موت،[٣] ولا وجه للتفرقة لأنه إن كان لها حكم الهبات سقطت في الفلس أو حكم المعاوضات يثبت في الموت، وفي/ كتاب ابن الجلاب عن ابن القاسم[٤] أن الزوجة تضرب بصداقها في الفلس[٥] الحياة ولا تحاص به في الفلس بعد الوفاة[٦].

(ف ٥/ب)

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٥٨ والنوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٧.

(٢) زاد في (ر) هنا: (ولا تضرب في الموت ولا في الفلس). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٦.
ومن كتاب ابن المواز: قيل لابن القاسم: فإذا لم يكن للغائب مال حاضر، أيؤمر من قام بالنفقة أن يتسلف عليه ؟ أما الزوجة فنعم، وأما الأبوان فلا، ولأنهم لو لم يقوموا حتى يقدم فاقر لم يتبعه الأبوان، وتتبعه هي، وهي لها النفقة في ملائها ويضرب بها في الفلس والموت.

(٣) قوله: (وقيل: لا يضرب في فلس ولا موت،) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (عن ابن القاسم) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (الفلس) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (به في الفلس بعد الوفاة) يقابله في (ت): (بعد الموت). وانظر: التفريع: ٢/ ٢٦٥.

وقال ابن القاسم: لا تضرب بنفقة الولد ولا بنفقة الوالدين[1] في فلس ولا موت، وقال أشهب: يضرب الولد مع الغرماء[2]، وقاله أصبغ في نفقة الوالدين إلا أن يكون حدث بحكم وتسلفت وهو ملي فيضرب بها في الموت والفلس[3].

ويختلف عن[4] هذا هل يحاص بالجنايات، فقال مالك في المدونة: يحاص بها[5]، وعلى القول الآخر: لا يحاص بها، وأما قتل الخطأ فإن كان عليه دين حتى تفض الدية لم يكن عليه شيء، وإن كان لا دين عليه وقضى عليه في جملة العاقلة ثم فلس حوصص بها على أحد القولين، والقياس في كل هذا أن يضرب به، ولا خلاف فيمن باع سلعة فغصبت[6] أو هلكت أن لبائعها أن يحاص بثمنها، وإن لم يكن له معه شيء لأنها ديون معهم[7] كلها، وليس بمنزلة من فلس، فإن الشأن أنه إنما يعامل على أن لا يدخل الأولون معه في شيء.

فصل

[في المحاصة بين الوارث والأجنبي إذا أقر لهما المفلس]

واختلف فيمن أقر لوارث ولأجنبي بمائة دينار، وخلف مائة، فقال ابن القاسم: يتحاصان فما صار للأجنبي أخذه، وما صار للوارث دخل في بقية

---

(١) في (ر): (الأبوين).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٦.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٥٩.

(٤) في (ر): (على).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٥٩٥، ٦٧٠.

(٦) في (ر): (فعطبت).

(٧) قوله: (معهم) ساقط من (ر).

الورثة[1]، ولا رجوع للوارث المقر له على الأجنبي، وقال أشهب: يرجع على الأجنبي بنصف ما يفضل به، فما صار له دخل فيه معه الورثة ثم يرجع المقر له على الأجنبي حتى يتساويا، فإن كان للمقر له أخ واحد عاد المال بينهم أثلاثا، وإن كان الولد ثلاثا عاد المال[2] بينهم أرباعا[3]، وهذا ضعيف أن يضر[4] الأجنبي بما يأخذ الأخ على وجه الميراث، والقياس أن يبدأ بالأجنبي[5] بجميع المائة؛ لأن الإقرار له صحيح، والإقرار للوارث فيه تهمة، والتهمة لا تبعض، وإذا اتهم الميت فيما أقر به له حتى يكون للورثة أن يدخلوا معه سقط أن يكون له مع الأجنبي حصاص؛ لأن الأجنبي يقول: إن كان إقراره للوارث معي صحيح فيجب ألا يدخل فيه الورثة، وإن كان يتهم فيه حتى يكون للورثة فيه مقال بطل إقراره جملة؛ لأنه يستحيل أن يكون إقراره صحيحاً سقيماً في حال.

وإن أقر لزوجته ولأجنبي وكان يورث بولد تحاص على قول ابن القاسم، فما صار لها أخذته، ولم يدخل فيه بقيمة الورثة، وإن كان ورثته عصبة دخلوا معها، وإن أقر لأجنبي ولصديق ملاطف والورثة عصبة، فما صار للصديق أخذ الورثة جميعه، ثم لا رجوع له، وعلى قول أشهب يرجع، وذلك يؤدي إلى ألا يبقى بيد الأجنبي شيء لأن الورثة ينتزعون جميع ما يأخذه، بخلاف أن يقر لوارث فإنه ينتزع منه الزائد.

وقال محمد: إذا كان عليه دين لأجنبي ببينة وأقر لأجنبي آخر ولوارث

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٧٩.

(٢) قوله: (عاد المال) يقابله في (ر): (كان).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٥٣.

(٤) قوله: (أن يضر) يقابله في (ت): (إن رضي).

(٥) في (ت): (هو).

ولا بينة لهما، قال: فلا حق للوارث حتى يستوفي الأجنبيان فإن كان ما ترك الميت مثل حق صاحب البينة كان تهمة من الميت لوارثه إن أدخله مع صاحب البينة[١]، ولو طلب الوارث أن يدخل فيما يصير للذي لا بينة له لمنعه الذي له البينة لأنه يقول: أنا أحق بما تأخذه، ولا حق لك في مال الميت، ولي عليه دين ببينة[٢] يحيط بما ترك، وكذلك لو كان[٣] ثم فضل عن حقه إلا أنه لا فضل فيه[٤] عن حق الأجنبيين لأنه إن جعل له حق فيما يصير للذي لا بينة له رجع على الذي له البينة فيقول في يدك أكثر مما في يدي وأنت لا تكون أحق بشيء من مال الميت مني، وقد قال فيها غيري إذا قسم ما ترك الميت بين الأجنبيين نصفين لأنه حقهما سواء دخل الوارث مع الذي لا بينة له فقاسمه ورجع الذي له البينة على الوارث وأخذ منه ما صار له من ذلك فقاسمه إياه الذي لا بينة له، فما صار للذي لا بينة له[٥] دخل فيه الوارث فحاص بجميع ما كان أقر به الميت فما صار[٦] للوارث أخذه أيضا صاحب البينة ثم دخل/ فيه صاحب الإقرار، فما صار له منه دخل معه فيه الوارث بجميع حقه لأنه ليس بيده شيء، وهكذا أبدا حتى لا يبقى منه شيء، قال محمد وهو[٧] يرجع إلى ألا يكون للوارث معهما شيء[٨].

(ف) ٦/أ

---

(١) قوله: (كان تهمة من الميت لوارثه إن أدخله مع صاحب البينة) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (ببينة) ساقط من (ت).

(٣) في (ر): (قال).

(٤) قوله: (عن حقه إلا أنه لا فضل فيه) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (فقاسمه ورجع... للذي لا بينة له) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (فما صار) يقابله في (ر): (فصار).

(٧) في (ر): (وهذا).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٩٠.

قال الشيخ ﷺ: إلا أن القسمة[١] تختلف فيكون بيد صاحب البينة أكثر، وفي القول الآخر يتساويان، والقول الأول[٢] الذي ذكر محمد هو أصل أشهب، وأما على قول ابن القاسم يتحاص الأجنبيان[٣]، فما صار للذي لا بينة له دخل فيه الوارث، فما صار للوارث دخل فيه بقية الورثة، ثم لا تراجع بينهم[٤]، ويصح أن يقال: إن لصاحب البينة أن يحاص من لا بينة له بالوارث، فما صار للوارث أخذه صاحب البينة.

فصل

[في حمالة المريض]

وقال محمد في مريض له دين على رجلين أحدهما وارث وبعضهما[٥] حميل عن بعض، فأقر المريض أنه قبض حقه من الوارث لم يقبل قوله ولم يسقط الحق عن واحد منهما وكان الحق والحمالة عليهما على حالهما، وسواء كانا معدمين أو موسرين، لأنه أسقط دينه عن وارثه وصير له ما على الأجنبي[٦] وصارت وصية منه له إن كان الأجنبي موسرا أخذه منه، وإن كان معدما أتبعه به.

وإن أقر أنه قبض جميع حقه من الأجنبيين[٧] فكانا موسرين جاز إقراره وسقط جميع الحق عنهما للميت، لأنه قد أبرأ الأجنبي وصار له ما على وارثه،

---

(١) في (ت): (القيمة).

(٢) قوله: (الأول) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (يتحاص الأجنبيان) يقابله في (ت): (فيتحاص الأجنبيون).

(٤) قوله: (بينهم) ساقط من (ر).

(٥) في (ت): (والآخر).

(٦) قوله: (وصير له ما على الأجنبي) ساقط من (ت).

(٧) في (ر): (الأجنبي).

وإن كانا معدمين لم يسقط عن واحد منهما الحق ولا الوارث ولا[1] الحمالة لأن الوارث إن أيسر قبل الأجنبي لزمه الغرم عن الأجنبي بحمالته، فإسقاط المريض عن الأجنبي باطل، لأنه إسقاط عن الوارث، وكذلك إذا كان الأجنبي معدما والوارث[2] موسرا لم يجز إقراره لواحد منهما أنه قبض حقه منه، فإن كان الحق على الوارث وحده وتحمل به أجنبي أقر أنه قبض حقه من الوارث لم يقبل قوله، لم تسقط الحمالة عن الأجنبي لأن الحق ثابت على حاله على الوارث، ولو أقر أنه قبض الحق من الحميل جاز قوله وسقطت الحمالة وصار الحق الذي على الوارث للحميل[3].

(١) قوله: (الوارث ولا) ساقط من (ر).

(٢) في (ر): (الآخر).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٤٩.

باب



في من فلس ولعبده عليه دين، وإذا تلف مال المفلس بعد الجمع[١] وقبل القضاء، ومن وجد سلعته بعينها[٢] هل يكون أحق بها في الفلس والموت

ومن فلس ولعبده عليه دين ولا دين على العبد[٣] لم يضرب عبده بدينه، وإن كان عليه دين ضرب به[٤] مع غرماء السيد إلا أن يكون ما ينويه في الحصاص أكثر مما عليه فليبدأ بدينه ويسقط الباقي، وإن كان له سواء العبد بيع لغرماء السيد[٥]، والعبد أحدهم، فإن كان الدين ألفا ودين العبد منها[٦] ستمائة[٧]، وعلى العبد منها[٨] مائة[٩] بيع على التبعيض[١٠]، يقال بكم تشترونه على أن عشر ما يباع به قضاء عن المائة التي عليه لأن كون الدين عليه عيب، فإذا بيع على هذه الصفة قبض[١١] على ما يذهب من

---

(١) في (ت): (التفليس).

(٢) قوله: (بعينها) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (على العبد) يقابله في (ر): (عليه).

(٤) قوله: (به) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (السيد) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (منها) ساقط من (ت).

(٧) في (ر): (مائة).

(٨) قوله: (منها) ساقط من (ت).

(٩) قوله: (مائة) ساقط من (ر).

(١٠) في (ر): (النقيض).

(١١) قوله: (قبض) ساقط من (ر).

العيب وما يبقى، وإن كان دين العبد عشرين والذي ينوبه من الحصاص إذا ضرب بالمائة أكثر من العشرين بيع علي ألا دين عليه، فما بيع به قضى منه ما عليه وسقط الباقي عن سيده.

فصل

[في ضمان ما تلف من مال المفلس]

واختلف في مال المفلس إذا تلف بعد أن جمع قبل البيع[1] أو بعده، فقال مالك مرة: مصيبته من المفلس[2] حتى يقبضه الغرماء وسواء كان عرضا أو عيناً[3].

وقال أيضاً: مصيبة ما ليس بعين من المفلس، ومصيبة العين من الغرماء وكان ذلك العين في يديه حين التفليس أو ثمن ما بيع عليه[4].

وروى عنه[5] عبد الملك عن مالك[6] أنه قال: ضمان ما تلف من ذلك كله من الغرماء من حضر منهم ومن غاب، ومن علم ومن لم يعلم، كان دينه عرضا أو عينا أو حيوانا/ أو ما كان[7].

(ف) ٦/ب

وقال المغيرة: مصيبة الدنانير ممن له دنانير، والدراهم ممن له دراهم،

---

(١) في (ر): (الجمع).

(٢) في (ر): (الفلس).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٦.

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٣٦٩.

(٥) قوله: (عنه) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (عن مالك) ساقط من (ت).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٢٦.

ومصيبة[١] العروض من المفلس.

وذكر ابن الجلاب عن عبد الملك مثل ذلك[٢]، والقول الأول أحسن، لأن من حق الغرماء التوفية في الكيل والوزن، و[٣] كلما كان قبل ذلك فهو في ضمانه حتى يوفى لهم بحقهم من كيل أو وزن، والسلطان كالوكيل له على ذلك، وفائدة التفليس والحجر ألا يتلف ذلك قبل أن يوصله إليهم.

فصل

[في السلعة يبتاعها الرجل ثم يفلس وهي عنده بعينها]

البائع أحق بسلعته في الفلس وهو أسوة في الموت لقول النبي ﷺ: **«أيما[٤] رجل ابتاع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع[٥] من ثمنه شيئاً فوجده بعينه، فهو أحق به، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»** ذكره مالك في الموطأ غير مسند[٦]، وقال النبي ﷺ: **«من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به»**[٧]، وقال أيضا: «فصاحبه الذي باعه أحق به»،

---

(١) قوله: (مصيبة) ساقط من (ر).

(٢) انظر: التفريع: ٢/ ٢٦٣، ولفظه: (وقال عبد الملك: إذا كان ماله ذهبًا أو ورقًا ودينه كذلك فتلف ماله بعد جمعه ونزعه فضمان الذهب ممن له عليه الذهب وضمان الورق ممن له عليه الورق).

(٣) قوله: (و) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (أيما) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (البائع) ساقط من (ت).

(٦) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٦٨٧، في باب ما جاء في إفلاس الغريم، من كتاب البيوع، برقم (١٣٥٧)، وأبو داود: ٢/ ٣٠٩، في باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب الإجارة، برقم (٣٥٢٠)، .

(٧) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٨٤٦، في باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، من كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، برقم

رواه مسلم[١].

واختلف في ثلاث مسائل:

إحداها: هل يكون أحق[٢] في الفلس بالعين، وإن كان من بيع.

والثاني: هل يكون أحق بالعرض إذا كان من قرض.

والثالث: هل يكون أحق بالسلعة إذا كانت من بيع[٣] وهل يكون أحق بالسلعة إذا كانت عن بيع[٤]، وأحيل بثمنها وفلس المحال عليه.

فقال مالك وابن القاسم في المدونة فيمن أسلم عينا دنانير أو دراهم هو أحق بها في الفلس إذا عرفت[٥]، وهي كالمكيل والموزون، وقال أشهب: هو أسوة[٦].

(٢٢٧٢)، ومسلم: ٣/ ١١٩٣، في باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، من كتاب المساقاة، برقم (١٥٥٩).

(١) لم أقف على هذه الزيادة عند مسلم ولا عند غيره، والذي وقفت عليه في مصنف عبد الرزاق عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل أفلس وعنده سلعة بعينها فصاحبها أحق بها دون الغرماء»: ٨/ ٢٦٤، في باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها، من كتاب البيوع، برقم (١٥١٦١).

وعند النسائي عن عمر بن عبد العزيز فذكره، أي: حديث أبي هريرة السابق: إذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فهو أحق بها من الغرماء، وقال: من اشترى سلعة ثم أفلس فصاحبها أحق بها»: ٦/ ١٨٩، في باب ما جاء فيمن أحيا حسيرا، من كتاب اللقطة، برقم (١١٨٩٦).

(٢) قوله: (أحق) ساقط من (ر).

(٣) في (ت): (قرض).

(٤) قوله: (وهل يكون أحق بالسلعة إذا كانت عن بيع) ساقط من (ر).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٩٢ و٩٣.

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٩٣.

وفي كتاب محمد فيمن أقرض عرضاً أو عبداً هو أسوة، قال: وإنما جاء الحديث في البيع، وقال أبو محمد الأصيلي: هو أحق كالبيع، وقال أصبغ في كتاب محمد: إذا فلس المحال عليه لم يكن المحال بالثمن أحق بتلك السلعة التي باعها المحيل.

وقال محمد: هو أحق، والقول أنه أحق بالعين وبالعرض أحسن لعموم الحديث: "أيما رجل أدرك ماله" ولم يخص، وقياسا على العرض إذا كان من بيع[1] لأنه لم يكن أحق لكونه عرضا، وإنما كان ذلك لأنه عين متاعه، وإن منع أن يقول القياس كان في البيع أنه أسوة لأن البيع نقل الملك، وإنما له ثمن في الذمة فهو فيه أسوة الغرماء، فيتبع[2] الحديث فيما ورد فيه، ويبقى ما سواه على الأصل، وقياسا على الموت، وأما الحوالة فجواب ابن القاسم أنه لا يكون أحق على أصله أن الحوالة بيع، ويصح قول محمد على أصل أشهب أنها على وجه المعروف، وليست ببيع.

ولو اشترى رجل ذلك الدين ثم أفلس مشتري السلعة لم يكن مشتري الدين أحق بها، ولو تصدق بالدين لكان المتصدق عليه أحق به قال ابن القاسم في العتبية: إذا فلس المشتري بعد بيعه للسلعة، وحاص البائع الغرماء ثم ردت بعيب كان للبائع أن يرد ما أخذ في الحصاص ويأخذ سلعته[3].

ويصح أن يقال: ذلك حكم مضى فلا يرد، وقاله ابن حبيب فيمن اشترى سلعة ثم باعها[4] ثم ظهر على عيب فرجع بقيمته ثم ردت عليه لم يردها على

(١) في (ت): (بيعه).

(٢) في (ر): (أو يتبع).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٤٠.

(٤) قوله: (ثم باعها) ساقط من (ر).

الأول، قال: لأن رجوعه بالعيب حكم فلا يرد.

واختلف فيمن باع عبدا فأبق عند المشتري ثم فلس، فقال ابن القاسم للبائع أن يطلبه على أن ألا شيء عنده[١] غيره أو يحاص وليس له أن يطلبه[٢]، فإن لم يجده رجع إلى الحصاص، وقال أشهب: له ذلك، يطلبه، فإن وجده كان أحق به، وإلا رجع فحاص، وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: ليس له أن يختار[٣].

وقد اختلف فيمن أخذ سلعته عند الفلس[٤]، فقيل: ذلك نقض للبيع الأول، فعلى/ هذا يصح أن يطلبه، ولا رجوع له إذا لم يجده، ومثل أخذه كبيع مبتدأ، فعلى هذا لا يجوز له أن يطلبه على أن لا شيء له سواه، ولا على أن له أن يرجع إن لم يجده، فاستخف ذلك أشهب[٥] للاختلاف هل هو كابتداء بيع أم لا؟

(ف) ٧/أ

واختلف عن مالك فيمن باع[٦] ثمرة قد أزهت ثم فلس المشتري بعد أن يبست هل يكون البائع[٧] أحق بها[٨]، وأن يكون ذلك له أحسن؛ لأنها عين ماله، وليس بينهما كثير[٩] تغير، ولأنها في ضمان البائع حتى تصير إلى اليبس،

(١) في (ر): (له).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٤٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٢.

(٤) في (ت): (التفليس).

(٥) قوله: (أشهب) ساقط من (ت).

(٦) في (ت): (ابتاع).

(٧) قوله: (البائع) ساقط من (ت).

(٨) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٧.

(٩) في (ر): (كبير).

وإنما يقع الشراء على أن تصير إلى تلك الحالة.

فصل

[فيمن اشترى عبدا ثم رده بعيب فلم يسترجع الثمن حتى فلس البائع]

ومن اشترى عبدا ثم رده بعيب فلم يسترجع الثمن حتى فلس البائع كان أسوة، واختلف إذا لم يرده بالعيب حتى فلس البائع[١] هل يكون أحق به برده، ويباع له، ويكون أسوة.

واختلف بعد القول أنه أسوة، فقيل: هو بالخيار بين أن يحبسه ولا شيء له من العيب، أو يرد ويحاص، وقيل له أن يحبسه إن أحب، ويرجع بقيمة العيب؛ لأن عليه ضررا في رده ليحاص وهو أبين، ومن باع سلعته بيعا فاسدا فلم يقبض الثمن البائع[٢] حتى فلس المشتري فإن لم يفت رد البيع من جهة الفساد، وإن فات بحوالة أسوق أو بعيب كان فوتاً من ناحية الفساد وكان للبائع أن يأخذها من جهة الفلس[٣] أو يحاص بالقيمة، واختلف إذا قبض البائع الثمن ثم فلس قبل فوت السلعة هل يكون المشتري أحق بها، وتباع له في ثمنه أو يكون أسوة، وعلى القول الآخر يكون بالخيار بين أن يرد ويحاص بثمنه أو يمسك ويكون عليه القيمة أو يحاص[٤] بالثمن، وإن أخذها المشتري من دين[٥] ردت وكان أسوة الغرماء قولاً واحداً، وتقدم القول فيمن اشترى

(١) قوله: (كان أسوة... فلس البائع) ساقط من (ر).

(٢) قوله: (البائع) ساقط من (ر).

(٣) في (ر): (الفساد).

(٤) في (ر): (يقاص).

(٥) في (ت): (ثمن).

سلعة فأرهنها ثم فلس المشتري.

فصل

[فيمن رد المبيع بعيب فلم يقبض ثمنه حتى فلس بائعه فوجده، هل يأخذه؟]

وإن حدث في المبيع عيب ثم فلس المشتري[١] فإنه لا يخلو من[٢] أن يكون ذلك من سبب أجنبي وأخذ له المشتري أرشا أو من قبل الله عز وجل أو من سبب المشتري، فإن كان من فعل آدمي وأخذ له أرشا ثم ذهب ذلك العيب كالموضحة ثم عاد لهيئته كان للبائع أخذه ولا شيء له من الأرش؛ لأنه لم ينظر به ... بشيء.

وقال محمد فيمن اشترى عبدا ثم شج موضحة وأخذ أرشها[٣] ثم عاد لهيئته ثم وجد عيبا رده ولم يرد ما أخذ في الموضحة، قال محمد: فإن لم يعد لهيئته رده وأخذ الباقي بما ينوبه من الثمن يوم البيع وحاص بما نقصت الجناية ويصير بمنزلة سلعتين وجد في إحداهما عيب.

واختلف عن مالك إذا كان ذلك من الله سبحانه ولم يأخذ له عوضاً فقال مرة: يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يحاص[٤].

وقال[٥] في مختصر ما ليس في المختصر فيمن اشترى جارية[٦] فحدث بها

---

(١) في (ت): (المبتاع).

(٢) قوله: (من) ساقط من (ت).

(٣) في (ر): (أرشا).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٩.

(٥) قوله: (وقال) ساقط من (ر).

(٦) قوله: (جارية) ساقط من (ر).

عيب فالبائع بالخيار إن شاء أخذها بقيمتها وإن شاء حاصهم بالثمن.

ويختلف إذا كان من سبب المشتري[١] فقال مالك في كتاب ابن حبيب فيمن اشترى ثوبا فلبسه حتى خلق فالبائع بالخيار[٢] إن شاء أخذه بحقه كله أو أسلمه وحاص. قال ابن الماجشون: إلا أن يكون الذي دخله من البلاء فاحشا جدا[٣] فلا يكون له أخذه[٤].

والقياس أن يفض الثمن على الذاهب والباقي ويسقط من الثمن ما ينوبه الموجود الآن[٥] يضرب بما ينوب ما أبلى منه؛ لأنه شيء قبضه منه، ولكذلك بذل الثمن وليس بمنزلة ما ذهب بأمر من السماء وهو بمنزلة ما أخذ له أرشا.

(ف) ٧/ب

ويختلف إذا كان/ عبدا كبيرا فهرم هل يكون له أخذه قياسا على من اشترى عبدا فهرم عنده ثم وجد عيبا فاختلف فيه هل يكون ذلك فوتا، ويمنع الرد فعلى القول أن ذلك فوت لا يكون لهذا أن يأخذ في الفلس وعلى القول أنه ليس بفوت له أن يأخذه.

ثم يختلف هل يضرب بما نقصه الهرم على ما قال في الجارية يحدث بها عيب[٦] ثم يفلس مشتريها، وإن كان صغيرا فكبر كان فوتا ولم يأخذه، وقد اختلف إذا وجد به[٧] عيبا بعد أن كبر، والأمر فيهما سواء.

---

(١) في (ت): (المبتاع).

(٢) قوله: (بالخيار) ساقط من (ر).

(٣) قوله: (جدا) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٠.

(٥) في (ت): (إلا أن).

(٦) قوله: (يختلف هل... بها عيب) ساقط من (ت).

(٧) في (ر): (بها).

فصل

[في ولادة الجارية في الفلس]

ولادة الجارية ليس بفوت، وللبائع أن يأخذها وولدها في الفلس، وليس بغلة فيكون للمشتري حبسه، وإن مات لم يضمنه المشتري[١] وكان البائع بالخيار بين أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يدع، وكذلك إذا ماتت الأم وبقي الولد، فإن أحب أخذه بجميع الثمن أو تركه وضرب مع الغرماء، وإن باع الأم دون الولد كان للبائع أن يأخذ الولد بما ينوبه من الثمن أن لو كانا جميعاً يوم البيع.

واختلف إذا باع الولد فقال مالك في كتاب محمد: يأخذ الأم بجميع الثمن[٢] لأنه غلة من غلاتها وفرق بينه وبين الأم، وقال سحنون: لا أدري ما هذا[٣]، يريد: أن القياس فيهما سواء.

وقال ابن الجلاب يأخذ الأم ويضرب بما ينوب الولد[٤].

قال الشيخ رحمه الله: لم يرد مالك أنه غلة في الحقيقة ولو كان غلة لم يرد إذا كان قائماً مع أم، ولم يكن للبائع أخذه إذا باع الأم، لأن الغلة في القيام والفوت سواء، إنما لم يجعل عليه في ثمنه شيئاً كما لم يكن عليه في ما أخذ في الشجة إذا عاد لهيئته، وإن كان ما أخذ عنها إنما أخذ عن بعض المبيع.

---

(١) في (ت): (المبتاع).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٦.

(٤) انظر: التفريع: ٢/ ٢٦١. ونصه: (ولو باع الأم أو الولد كان له أخذ الباقي منهما بحسابه من الثمن).

وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: لو قتل أحدهما فأخذ له عقلا وبقي[1] الآخر كان مثل البيع، وإن لم يأخذ له عقلا فسبيله سبيل الموت[2].

فصل

[فيما يكون فوتا وما لا يكون في الفلس]

وقال مالك فيمن اشترى عرصة فبناها أو غزلا فنسجه ليس ذلك بفوت، وللبائع أن يأخذه، ويكون المشتري شريكا بصنعته[3].

واختلف قول ابن وهب في صباغ الثوب ودباغ الجلد وثبت على أنه ليس بفوت[4]، وإن قطع الجلود خفافا أو نعالا كان فوتاً[5].

واختلف في قطع الثياب؛ فقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: إذا قطع الثوب قميصا فهو فوت[6] ووقف مالك فيه؛ وقال: لا أدري، وقال: إذا جعل الزبد سمنا والثوب ظهارة والخشبة بابا أو تابوتا أو ذبح الشاة فذلك فوت، وليس إلا المحاصة قال[7] بخلاف العرصة والغزل لأن هذا عين شيئه، وإنما زيد فيه[8]، قال محمد: وطحن الحنطة فوت، ولا يكون أحق بها[9].

---

(١) في (ت): (مضي).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٠.

(٦) قوله: (فهو فوت) ساقط من (ر). وانظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٠.

(٧) قوله: (قال) ساقط من (ر).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦٠.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦١.

وأرى أن ينظر إلى كل ما يحدثه المشتري أو يحدث بالمبيع من غير فعله، فإن كان ذلك مما لا يمنع المشتري الرد لو ظهر على عيب فإنه لا يمنع البائع في الفلس من أخذه وإن أبطل الغرض منه وكان مما يمنع الرد بالعيب فإنه يمنع البائع من أخذه[1] عند المفلس[2].

وقد اختلف إذا بنى ثم ظهر على عيب هل يمنع الرد والبناء مختلف فيه فما عظم قدره والنفقة فيه كان فوتا، وما قل فليس بفوت، والقطع والصبغ إذا كان قطع مثله، و[3] صبغ مثله لا يمنع الرد، فإن قطع الثوب تبابين، أو صبغ الثياب مما يكون فسادا لمثلها كان فوتا، ولا يأخذها في الفلس.

(ف ٨/أ)

واختلف في طحن القمح إذا ظهر/ على عيب، وأن لا يكون فوتا أبين لأن الصناعة فيه يسيرة، ولو باعه زعفرانا أو عصفرا، فصبغ به ثوبا ثم فلس مشتريه كان بائعه أحق بالأقل مما زادت قيمته في الثوب أو الثمن الذي باعه به، وقد قيل: هو أسوة، والأول أصوب.

فصل

[فيما يفوت بالخلط في الفلس]

وإذا خلط[4] القمح أو الشعير أو الزيت أو الدنانير بمثله في الجودة أو الدناءة كان شريكا بمثل ما باع ولم يكن ذلك فوتا.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: إن خلط زيت فجل بزيت الزيتون أو

---

(١) قوله: (وإن أبطل... من أخذه) ساقط من (ت).

(٢) في (ر): (الفلس).

(٣) في (ر): (أو).

(٤) في (ت): (اختلط).

القمح المسحل[١] بالمغلوث جدا أوالسويق حتى يحول ويفسد فهو فوت، ولا يأخذه[٢].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: ولو خلط زيت الزيتون بجنسه وأحدهما أجود لم يكن فوتاً، وكان شريكا بقدر[٣] ما ينوبه من قيمة الآخر بمنزلة ما لو اختلطا بوجه جائز، وكذلك لو خلط القمح بغلث[٤] أو مسوس. وقال محمد: إذا خلط عسل هذا بخزيرة هذا[٥] أو لته كان أحق به من الغرماء ويتحاصان، وقال ابن أبي مطرف: ثم وقف عنها محمد[٦].

---

(١) في (ت): (النصيل).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٧.

(٣) قوله: (بقدر) ساقط من (ر).

(٤) في (ف): (ببال أو مسوس).

(٥) قوله: (هذا) ساقط من (ر).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٦.

باب



في تفليس الصناع والأجراء وتفليس من استأجرهم



ومن أسلم إلى صانع غزلا[١] ليحوك له ثوبا أو يخيطه أو يصبغه ثم فلس الصانع كان لمن أسلم أن يحاص بقيمة تلك الصنعة، وما صار له كان بالخيار بين أن يعجل به[٢] ويتم من عنده، ويتبع الصانع بالباقي متى أيسر، أو يأخذ ما صار له في الحصاص من الثمن الذي كان أسلم ويتبع بالباقي وتنفسخ الإجارة؛ لأن تبعيض الخياطة والصبغ عيب، وإن كانت الإجارة في عين الأجير كان من له عليه مال أحق بماله، والذين استأجروه أحق بصنعته، ولا يدخل بعضهم على بعض، ثم يعمل الذين استأجروه الأول فالأول، إلا أن تكون العادة أنه يؤخذ من ابتدئ بالعقد له إن شاء ذلك الصانع، وعلى مثل ذلك يدخلون أولا يعلم أيهم[٣] كان أول، فيقترع على أيهم يبتدأ[٤] به.

فصل

[في الأجير يموت مستأجره أو يفلس]

فإن فلس الذي استأجره كان الأجير أحق في الفلس والموت، وهذا للعادة، ويختلف إذا لم تكن عادة هل يكون أحق بصنعته لأنها بيده، ولم يسلمها أو يكون أسوة لأنه سلمها في الثوب، وفاتت فيه، ويختلف أيضا إذا مات ولم

(١) قوله: (غزلا) ساقط من (ر).

(٢) في (ر): (له).

(٣) قوله: (أولا بعلم أيهم) يقابله في (ر): (أو لا يعلم أنهم).

(٤) في (ر): (يبدأ).

يكن عادة هل يكون أحق بصنعته، [١] وإن كان الفلس قبل أن يعمل كان بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يعمل ويكون أسوة وليس له أن يعمل ليكون شريكا بصنعته.

واختلف إذا عمل وسلم ذلك إلى ربه فقال ابن القاسم في العتبية إذا كان ذلك مثل الخياطة والقصارة والصبغ كان أسوة، وقال أيضا هو أحق بصنعته، ويكون شريكاً بها. واختلف بماذا يشارك، فقيل: بقيمة الصنعة، وقيل: بما زاد، فإن لم يزد كان أسوة لأنه لا يختار إذا لم يزد إلا التسليم والحصاص[٢].

وقال في كتاب محمد: هو أحق بما زادت قيمة الصبغ ويكون شريكا به، وما بقي له خاص به، وأرى أن يكون أحق لصنعته؛ لأن المشترى هو الموجود من الخياطة والصبغ، وهو قائم لم يفت، ولو ضاع الثوب بعد الخياطة[٣]، والصبغ وقبل أن يسلم كانت المصيبة منه لأنه في معنى الشيء القائم، ويكون شريكا بما زادت الصنعة ليس بقيمتها، لأن الثوب هو الأصل، وهو المقصود بالشراء وكثيرا ما يكون الصبغ غير مقصود بالشراء، ولو كان أبيض لكان أثمن، فإنما يكون للصبغ ما زاد، وأما الخياطة فهو أشبه أن يكون/ شريكا بقيمتها لأنه لو قام بعد القطع وقبل الخياطة لأخذ بجميع الثمن ولم يحط لأجل القطع شيء، وإذا كان ذلك فالخياطة تزيد على قيمته مقطوعا، ولا يشترى إلا ليخاط

(ف) ٨/ب

وقال ابن القاسم في العتبية إذا أخرج الصانع من عنده شيئاً سوى عمله

---

(١) قوله: (لأنها بيده، ولم يسلمها... أحق بصنعته) ساقط من (ر).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٣٢.

(٣) قوله: (والصبغ وهو قائم لم يفت، ولو ضاع الثوب بعد الخياطة) ساقط من (ر).

فأدخله في عمله مثل الصباغ أدخل الصبغ[١] والصيقل إذا أدخل متاع السيف، والفراء يسترقع الفروَ فيجعل من عنده الجلود، فإن أدركوا السلعة قائمة نظر إلى قيمة الثوب مرقوعا وغير مرقوع فيكون شريكا بذلك[٢]، وكذلك إذا تناصفت[٣] الخياطة والرقاع، وإن كانت الخياطة الأكثر كان أسوة في الجميع.

وقال مالك في الخياط والعمال يستعملون الثوب[٤] فيستعملون هم غيرهم، فإن أرباب المتاع يأخذونه فلا غرم عليهم إن كانوا دفعوا أجرة ذلك إلى الأول، ويتبع الثاني الأول[٥] هذا يصح على القول أن الصنعة قد سلمت إلى رب الثوب، ولو ضاع ببينة كانت له الأجرة، وهو قول محمد[٦]، وأنه لو سلم الصانع الثوب كان أسوة على ما قال ابن القاسم في كتاب الرواحل إذا ضاع ببينة كانت المصيبة من الصانع، وأنه لو سلمه لكانت كالقائمة ولو سلم الثوب كان أحق بصنعته، يكون ها هنا الصانع الثاني أحق بصنعته[٧] لأنها قائمة بعده، ويختلف إذا اشترى ثوبا وخاطه ثم فلس وهو بيد المشتري ولم يكن دفع الثمن ولا الأجرة هل يكونان أحق به، وتكون شركة بينهما، أو يكونان أسوة أو يكون البائع أحق به والصانع أسوة، وأن يكونا أحق في الجميع أحسن، وقد تقدم الاختلاف فيمن باع ثوبا ففلس

---

(١) قوله: (أدخل الصبغ) ساقط من (ت).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٤٣٢.

(٣) في (ت): (تضاعفت).

(٤) قوله: (الثوب) ساقط من (ت).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢١٨ والنوادر والزيادات: ٧/ ٧٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٧/ ٧٠.

(٧) قوله: (يكون... بصنعته) ساقط من (ر).

المشتري بعد أن صبغه، هل يكون أحق به، وفي الصانع هل يكون أحق بصنعته، وإن الصواب في كل واحد منهما على الانفراد أنه أحق، فكذلك إذا اجتمعا هما أحق، ويكونان شريكين، وإن فلس المشتري والثوب في يد الصانع كان البائع بالخيار بين أن يدفع إلى القصار[1] أجرته ويكون أحق بثوبه، قال أشهب: ويحاص، بما دفع إلى الصناع يريد: ويكون[2] المشتري شريكا بالصنعة في الثوب[3]، فأرى أن يكون أحق بالصنعة لأنه متعد فيحل محل الصانع، وقد اختلف فيمن أراد أن يأخذ سلعته في الفلس فدفع إليه أحد الغرماء الثمن هل يكون أحق في ثمنها حتى يستوفي ما دفع إلى البائع، وأن يبرأ أحسن.

فصل

[في المساقي يفلس من استعمله]

وقال مالك: فيمن استؤجر في نخل أو زرع يسقيه فسقاه ثم فلس صاحبه فساقيه أولى به في الفلس واختلف في الموت فقال في الكتاب هو أسوة[4].

وقال عبد الملك في المبسوط[5] هو أحق وكذلك الجواب عنده إذا أكرى بعيره ممن يسقي عليه فإن صاحب البعير أحق بما سقى بعيره وهو أسوة في الموت، ومن استؤجر في إبل يرعاها أو يرحلها فهو أسوة في الموت والفلس، وقال عبد الملك[6] ابن الماجشون: الأجراء فيما أرسلوا فيه وخلوا به وقاموا فيه

---

(١) في (ر): (الصانع).

(٢) قوله: (أجرته ويكون... يريد: ويكون) ساقط من (ر).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٦١.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٨٦.

(٥) قوله: (في المبسوط) ساقط من (ت).

(٦) قوله: (عبد الملك) ساقط من (ت).

دون صاحبه أحق في الموت والفلس، وكذلك الجعل في الآبق والبعير الشارد[١]، وفي الحلب[٢] يبعث الرجلُ الرجلَ يحلب[٣] عليه ماشيته، وكذلك الأجير يرعى الظهر أو شيئا سوى ذلك مما[٤] يتباعد عن صاحبه ويوكل إلى رأي الأجير، وكونه في يديه أو يوكل رجلا ليأتيه بمال من العراق أو يوكل من يبيع له أرضا، والمال بيده فهو مبدأ في الفلس والموت، ولو اكترى أرضا فزرعها أو اكترى بعيرا ليستقي عليه فهو أحق به في الفلس والموت.

وقال في المدونة في مكرى[٥] الأرض: هو أحق في الفلس وأسوة في[٦] الموت[٧].

وقال في كتاب محمد: هو أحق في الموت[٨]، والقول إنه أسوة في الموت في السقي وكراء الأرض أحسن، ولا تكون الثمار النامية/ عن السقي أو عن الأرض أعلى رتبة من البيع لو كان الأجير أو صاحب الأرض بائع تلك الثمار وذلك الزرع فإنه أسوة في الموت وأحق في الفلس، وأرى أن يتحاصا لأنه إنما

(ف) ٩/أ

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٧٤- ٧٥.

(٢) في (ت): (الجلب).

(٣) في (ت): (يجلب).

(٤) قوله: (مما) ساقط من (ت).

(٥) في (ت): (مكتري).

(٦) قوله: (وأسوة في) ساقط من (ت).

(٧) انظر: المدونة: ٣/ ٥٦١.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٧٣، ونصه: من كتاب ابن المواز: قلت: أيكون الأجراء أحق بما في أيديهم؟ قال: أما الحرابين، وأجير خدمة بيتك، أو لرحلك إبلك أو دوابك، وعلوفتهم، وليبيع لك في حانوت بزا أو غيره، فهو أسوة في الفلس والموت، وأما أجير السقي للزرع أو حائط فأحياه بسقي، فالأجير أولى بالزرع حتى يأخذ حقه، وهو في الموت أسوة، وكذلك في سقي الأصول من الفواكه وغيرها إلا أن يعطيه الغرماء أجره في الفلس، قاله كله مالك.

جني بهما، ولا مزية لأحدهما على الآخر، وكذلك في الموت على القول أن كل واحد منهما على الانفراد أحق في الموت فإنهما يتحاصان، واختلف إذا ساقى رجلان واحدا بعد واحد، فقيل: المراعى الآخر وإن قل، لأنه به تم، وقيل: يبدأ أكثرهما، فإن تكافؤا كان حصاصاً، وقيل: يتحاصان، وإن كان أحدهما تبعاً.

وكذلك لو استدان على الزرع والثمار فأنفق ثم استدان، فقال مالك في كتاب محمد: يبدأ الآخر فالآخر، لأنه أحياه للذي قبله، فإن فضل شيء كان للأول[(١)].

ويجري فيها الخلاف المتقدم هل يراعى الأكثر ويتحاصان[(٢)]، وإن كان أحدهما تبعاً، واستحسن في الأجيرين إذا استدانا من رجلين أن يتحاصا لأن الآخر لم يتم إلا بما تقدم من الأول من سقي أو استدانة[(٣)].

قال مالك: والأجير مبدأ كان أولاً أو آخراً[(٤)]، يريد: أنه مبدأ على من استدان لأنه باشر السقي فيبدأ، وإن كان أولاً، وإن كانا أجيرين وصاحب الأرض بدئ صاحب الأرض على أحد القولين، فإن فضل عنه[(٥)] شيء بدئ به الأجيران على الغرماء، ثم يختلف في صفة حكمهما هل يتحاصان أو يبدأ الآخر لأنه به تم أو يراعى الأكثر حسبما تقدم، وقال ابن القاسم: يتحاص صاحب الأرض والأجير الآخر، فإن فضل عنه شيء بدئ به الأول على الغرماء[(٦)].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٩٦، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٧٤.
(٢) في (ت): (أو يتحاصان).
(٣) في (ت): (سراية).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٧٤.
(٥) قوله: (عنه) ساقط من (ر).
(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٥٤١.

ويجري فيها قول آخر أن للأجير الآخر أن يحاص الأرض كصاحبه لأن حقهما معا سواء، فما نابهما بدئ به الآخر[١] أو الأكثر على القول الآخر، فإن فضل عنه شيء كان لصاحبه، وإن اجتمع مرتهن وصاحب الأرض وأجير بديا على المرتهن في الفلس، فإن فضل عنهما شيء كان المرتهن أحق به من الغرماء، والمرتهن أولى منهما في الموت على القول أنهما في الموت أسوة.

فصل

[في تفليس المكري إبلا]

ومن اكترى إبلاً بعينها كان أحق بها في الفلس والموت، واختلف إذا كانت غير معينة وكان قد أسلم إليه المكري بعيرا يركبه، فقال ابن القاسم: هو أحق به[٢]، قال محمد: ولو كان يدير الإبل تحته فهو أحق، وقال غيره: هو أسوة وهو أحسن إلا أن يكون سلم إليه ذلك البعير ليصل عليه، وإلا حاص فما صار له كان فيه بالخيار بين أن يكترى به، ويتم بقية الكراء من عنده ليرجع بما بقي له من الركوب متى أيسر، أو يفسخ عن نفسه الكراء أو يأخذ ما نابه في الحصاص من الثمن الذي كان وزن، ويتبعه ببقية الثمن في ذمته إلا أن يكون الذي نابه في الحصاص أكثر من الكراء، وإن اكترى به ثم وصل به إلى مستعتب فليس له أن يفسخ عن نفسه الكراء[٣]، وإن فلس المكتري وكان الكراء على ركوبه كان المكري أحق بإبله في الفلس، وسواء كان بعيرا بعينه أو بغير عينه.

ويختلف إذا كان الكراء على حمل متاع، وقد أبرزه له ولم يحمله، فقال في

---

(١) قوله: (به الآخر) يقابله في (ر): (الأكثر).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٤٩٣.

(٣) قوله: (الكراء) ساقط من (ر).

كتاب الرواحل: المكري أحق به[١]، وعلى قول غيره في الإبل[٢]: إذا كانت غير معينة أنه يكون أسوة ولا يكون هذا أحق بالمتاع لأن المتاع[٣] لا يتغير، ولو أحب صاحب المتاع قبل ذلك أن يأخذه لم يمنع منه عند ابن القاسم: وإذا لم يمنع منه كان أسوة، وإن وقع الفلس بعد أن بلغ المتاع وكان صاحب الإبل يخلو / بالمتاع، ويحوزه كان أحق به في الموت والفلس، ويختلف إذا لم يكن يحوزه، فقال ابن القاسم: هو أحق به في الفلس والموت[٤]، وإن كان صاحب الإبل أسلم إبله إلى المكتري، قال: لأنها بلغت على إبله، وعلى قول عبد الملك يكون أسوة لأنه لم يحزه ولم يخل به، وهو أبين، وقد يحمل قول ابن القاسم على أن زيادة السوق في البلد الذي بلغت إليه أكثر من الكراء، وإن كان أقل لم يكن أحق إلا بتلك الزيادة في الفلس دون الموت، وقد تقدم في كتاب الرواحل القول إذا فلس في بعض الطريق هل يباع المتاع ولا يكون مكري الحانوت والدار أحق بما فيها من المتاع.

(ف ٩/ب)

تم كتاب التفليس من التبصرة
والحمد لله حق حمده

---

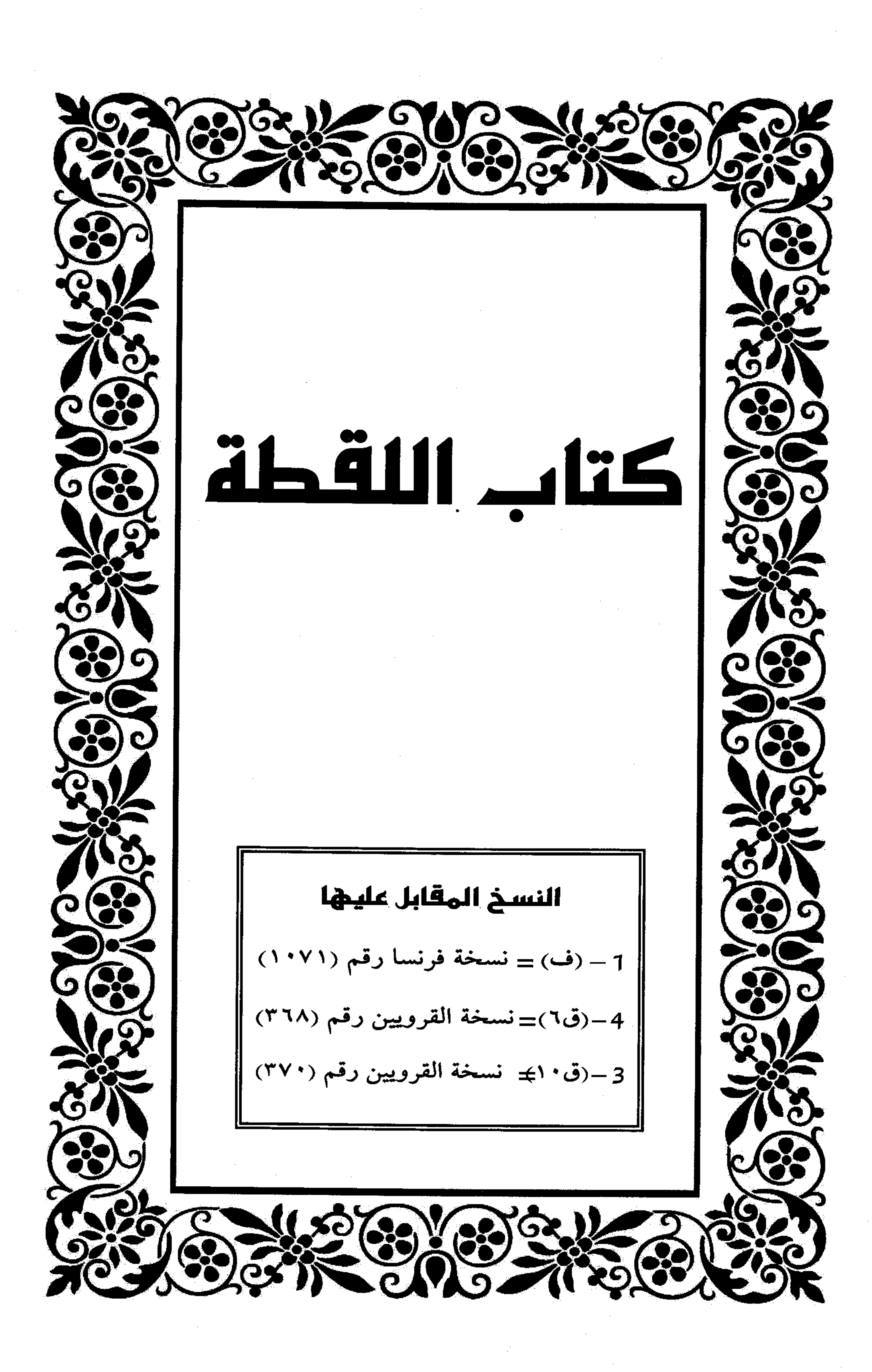
(١) انظر: المدونة: ٣/ ٥١٠.

(٢) قوله: (في الإبل) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (لأن المتاع) يقابله في (ت): (و).

(٤) قوله: (ويختلف إذا لم... في الفلس والموت) ساقط من (ر).





كتاب اللقطة

النسخ المقابل عليها

1 - (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

4 -(ق٦)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)

3 -(ق١٠)= نسخة القرويين رقم (٣٧٠)



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد
وعلى آله وسلم تسليماً

كتاب اللقطة



باب





في اللقطة وتعريفها والحكم فيها بعد التعريف

الأصل في اللقطة والضوال حديث زيد بن خالد الجهني قال: سأل رجل النبي ﷺ عن اللقطة فقال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا». قال: فضالَة الغنم؟ قال: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ». قال: فضالَة الإبل؟ قال: «مَالَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا»[1].

فهذه ثلاثة أقسام: فالقسم[2] الأول: يأخذها ليحفظها إلى ربها، والثاني: يأخذها لنفسه على وجه الملك، والثالث: يتركها ولا يعرض لها.

فأجاز أخذ العين لما كان تسرع إليه اليد ولأنه مما يخفى لآخذه، ولم يكن له أن يأخذه لنفسه لأنه لا يخشى عليه الفساد ويَخِفُّ تكلف[3] حفظه، وكذلك كل ما يغاب عليه من سوى العين.

---

(١) متفق عليه، البخاري: ٢/ ٨٥٥، في باب باب ضآلة الإبل، من كتاب اللقطة، برقم (٢٢٩٥)، ومسلم: ٣/ ١٣٤٦، في كتاب اللقطة، برقم (١٧٢٢).

(٢) قوله: (فالقسم) زيادة من (ق٦).

(٣) قوله: (تكلف) زيادة من (ق٩).

وأجاز أخذ الشاة على وجه الملك؛ لأنها إن تُركت هلكت وأكلها الذئب فلم ينتفع بها صاحبها، ويشق نقلها، فكان انتفاعه بها أولى، وكذلك كل ما يخاف فساده إن ترك وَيُشق نقله.

ومنع أن يعرض للإبل لا على وجه الحفظ ولا على وجه الملك؛ لأنها لا تسرع إليها اليد لما كانت لا يغاب عليها، ولا يخاف عليها الوحش بالحجاز، وهي تستقل بنفسها لعيشها.

وقد اختلفت ألفاظ هذا الحديث في اللقطة؛ فقال في بعض طرقه: «**خُذْهَا وَاسْتَنْفِقْهَا وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ فَإِنْ أَتَى صَاحِبُهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ**»[(١)]، وقال أيضاً: «**عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ**»، وهذه الألفاظ مترددة بين البخاري ومسلم[(٢)].

فصل

[مسائل وأحكام اللقطة]

الكلام في اللقطة من ستة أوجه:

أحدها: هل أخذها مباح أو مستحب أو واجب أو ممنوع.

---

(١) أخرجه مسلم : ٣/ ١٣٤٦، من كتاب اللقطة، برقم (١٧٢٢)، ولفظ البخاري: (سئل النبي ﷺ عن اللقطة فزعم أنه قال: (اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة) . يقول يزيد إن لم تعرف استنفق بها صاحبها وكانت وديعة عنده . قال يحيى فهذا الذي لا أدري أفي حديث رسول الله ﷺ هو أم شيء من عنده) أخرجه: ٢/ ٨٥٦، في باب ضالّة الغنم، من كتاب اللقطة، برقم (٢٢٩٦).

(٢) أخرجه مسلم: ٣/ ١٣٤٦، من كتاب اللقطة، برقم (١٧٢٢)، بلفظ: (أن رجلا سأل النبي ﷺ عن ضالة الإبل؟ زاد ربيعة فغضب حتى احمرت وجنتاه واقتص الحديث بنحو حديثهم وزاد: (فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك).

والثاني: موضع التعريف وصفته.

والثالث: الأمد الذي تعرف إليه.

والرابع: الوجه الذي تستحق به.

والخامس: ما يصنع بها بعد السنة إن لم يأت صاحبها.

والسادس: إن أتى بعد البيع أو الصدقة بها.

فأما أخذها فمستحب وواجب ومكروه وممنوع، وذلك راجع إلى حال الملتقط وإمام الوقت والناس الذين هي فيهم، وقدر اللقطة؛ فإن كان الواجد لها مأموناً ولا يخشى سلطان الموضع إن أنشدها أن يأخذها[١] وهي بين ناس لا بأس بحالهم/ ولها قدر، كان أخذها وتعريفها مستحباً، وهذه صفة الحال حين[٢] سئل النَبي ﷺ، فقال: «خُذْهَا»، ولأنه أحوط لصاحبها خوف إن تركت أن يأخذها من ليس بمأمون.

(ف) ١٠/أ

وإن كانت بين ناس[٣] غير مأمونين كان حفظها واجباً؛ لأن حفظ أموال الناس وألا تضيع واجب، وقد نهى الله عز وجل عن إضاعة المال، وهو داخل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ ولأن في تركها معونة على أكلها.

وإن كان السلطان غير مأمون ومتى أنشدت وعرفت أكلها مُنع مَن وَجَدَها أن يعرض لها، وكذلك إن استفتى عن ذلك من ليس بمأمون ويخشى أن يستفزه الشيطان بعد أخذها أمر أن لا يقربها، وكل ذلك إذا كان لها قدر[٤].

---

(١) قوله: (أن يأخذها) زيادة من (ق٩).

(٢) في (ق٦): (التي).

(٣) في (ق٦): (قوم).

(٤) قوله: (وكل ذلك إذا كان لها قدر) ساقط من (ق٦) و(ف).

وإن كانت حقيرة كره له أخذها؛ لأن الغالب فيها لا قدر له ألا يبالغ في تعريفه، ولا يحفل به آخذه، وهذا عقد هذه المسألة.

وقد اختلفت الروايات في ذلك؛ فاستحب مالك في العتبية في الدنانير والدراهم أن يأخذها[١].

وقال أبو إسحاق[٢] ابن شعبان: ينبغي أن[٣] تترك اللقطة ولا تؤخذ. وهذا مثل قول مالك في المدونة في الكساء: أَحْسَنَ حين رَدَّه[٤].

وقوله في الآبق إن كان لمن لا يعرفه: فلا يقربه إلا أن يكون لأخ أو لجار أو لمن يعرف، قال ابن القاسم: وإن لم يأخذه فهو في سعة، وكان مالك يستحب له أن يأخذه[٥]. يريد: بعد أن يكون لمن يعرف. ومحمل قوله: ألا يقربه إذا كان لمن لا يعرفه على أن سلطان الموضع غير مأمون.

قال مالك في العتبية: فإن عرفه فلم يجد من يعرفه يخليه خير من أن يبيعه فيهلك ثمنه ويؤكل، أو يطرح في السجن فلا يوجد من يطعمه[٦].

وقال: لا أحب لمن وجد لقطة أن يأخذها إلا أن يكون لها قدر[٧].

وقال في الدلو والحبل: إذا كان في طريق وضع في أقرب المواضع إلى ذلك المكان يعرف فيه، وإن كان في مدينة انتفع به وعرفه، وإن تصدق به كان أحب

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٦٥، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٤٦٧.

(٢) قوله: (أبو إسحاق) ساقط من (ق٩) و(ف).

(٣) قوله: (ينبغي أن) ساقط من (ق٦).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٩.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٤.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٦٢.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٥٨.

إلي، فإن جاء صاحبها كان على حقه[١].

فصل

[في موضع تعريف اللقطة]

تعرف اللقطة في الموضع الذي التقطت فيه، وفي المواضع التي يجتمع الناس إليها، ودبر الصلوات على أبواب المساجد والجامع إذا كان يجلس إلى الحلق فيسأل ولا يرفع صوته؛ للحديث: أن رجلاً نَشَدَ ضالة في المسجد فقال النبي ﷺ: «لاَ وَجَدْتَ»[٢].

وقال أشهب في مدونته: تعرف في موضع وجدت فيه، وعلى أبواب المساجد اليومين والثلاثة، وما أشبه ذلك، ثم تعرف تمام السنة عند من حضر وينشر ذكرها عند من لقي، وإن وجدها في طريق بين مدينتين عرفها في تينك المدينتين.

واختلف عن مالك هل يسمي جنس اللقطة إذا أنشدها، وألا يسمي أحسن، ويلفف ذكرها مع غيرها[٣]، وإن أفرد فلا بأس؛ لأن ذكر الجنس بانفراده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه ذكر أشياء تدل على صدقه.

وهو مخير بين أربع: بين أن يعرفها بنفسه، أو يرفعها إلى السلطان إذا كان عدلاً ولا يتشاغل عن تعريفها، أو إلى مأمون يقوم مقامه فيها، أو يستأجر عليها من يعرفها.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٤٩.

(٢) أخرجه مسلم: ١/ ٣٩٧، في باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم: (٥٦٩).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٠.

فجاز له أن يعرفها دون الإمام للحديث، وأجاز في المدونة أن يرفعها إلى السلطان[١]، وأجاز ابن القاسم في العتبية أن يدفعها إلى مأمون يعرفها[٢]، وأجاز أبو إسحاق[٣] ابن شعبان أن يستأجر عليها منها؛ يريد: إذا لم يلتزم تعريفها أو كان مثله لا يلي مثل ذلك.

(ف ١٠/ب)

وإن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها/ في الثانية فهلكت ضمنها، وإن هلكت في السنة الأولى ضمنها؛ إذا تبين أن صاحبها من الموضع الذي وجدت فيه. وإن كان من غيره وغاب بقرب ضياعها ولم يقدم في الوقت الذي ضاعت فيه لم يضمن. وإن ردها إلى موضعها وكان أخذها ليتأملها أو صاح لمن يمر بين يديه ألكم هذه، فقالوا: لا، فردها لم يكن عليه شيء.

وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: إن أخذها بنية التعريف ثم ردها ضمن[٤].

وقال ابن القاسم: إن ردها بعد أن مكثت في يديه ضمن[٥]. وظاهر قوله: إن ردها بالقرب لم يضمن.

وقال أشهب في مدونته: لا يضمن، وإن مكثت في يديه، قال: وقد قال عمر للذي وجد البعير بعد أن عرفه أرسله حيث وجدته، فأخذ مالك بهذا مرة أنه يرسله[٦]، وقال مرة: يبيعه السلطانُ ويجعل ثمنه في بيت المال[٧]، وقال في

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٨.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٥٤.

(٣) قوله: (أبو إسحاق) زيادة من (ق٦).

(٤) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة: ٢/ ٢٢٣.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٩.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٥٩.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٧.

المدونة في الآبق: إن أرسله ضمنه[١]. وقال في العتبية: أرى أن يرسله إذا لم يجد من يعرفه خير من أن يبيعه فيهلك ثمنه أو يطرح في السجن فلا يجد من يطعمه[٢].

فأما القول أنه يلزمه تعريفها إذا نوى ذلك فليس بحسن؛ لأن النية لفعل الخير لا توجبه، والإيجاب أمر زائد على النية، وكذلك إذا رده بالقرب فلا شيء عليه على القول إن أخذها ليس بواجب.

فصل

[كيفية استحقاق اللقطة]

واختلف في الوجه الذي تستحق به اللقطة؛ فقال في المدونة: إذا عرف العفاص والوكاء[٣].

وقال ابن القاسم أيضا[٤] وأشهب: إذا عرف العفاص والوكاء والعدد[٥].

وقال أبو إسحاق[٦] ابن شعبان: إذا عرف العفاص والوكاء وما شدا عليه. يريد: العدد والسكة إن كانت دنانير، وإن كانت دراهم السكة والوزن.

وقال أشهب أيضاً: إن عرف العفاص والوكاء دون العدد أو العفاص والعدد ولم يعرف الوكاء أو عرف الوكاء ولم يعرف ما سواه أجزأه ويحلف،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٧، والبيان والتحصيل: ١٥/ ٣٦١، ٣٦٢.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٦.

(٤) قوله: (أيضا) ساقط من (ق٦).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧١.

(٦) قوله: (أبو إسحاق) زيادة من (ق٦).

فإن نكل لم تدفع إليه، وإن عاد إلى أن يحلف[١]. فأجاز أن تدفع بوجه واحد وهو الوكاء.

وعلى هذا تدفع إذا عرف العفاص وحده أو العدد، **ولا أرى ذلك** لأنه مخالف للحديث، ولأنه ليس الغالب ألا يعرف الإنسان مما سقط له إلا هذا القدر وهذه ريبة، ولو وصف الباطن وهي السكة والعدد دفعت إليه، وحمل على أنه نسي ما سوى ذلك لأن الباطن لا يعرفه إلا المالك.

واختلف إذا استحق قبضها بالصفة هل يحلف، وأرى اليمين استحساناً[٢]، فإن نكل دفعت إليه، وليس قول أشهب في هذا بالبين لأن الحديث ليس فيه يمين، وإن وصف بعضاً وأخطأ بعضاً فوصفه بغير صفته لم تدفع إليه، ولو رجع فوصف ثانية لم تدفع إليه، لأن ذلك حدس وتخمين.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا وصف تسعة أعشار الصفة وأخطأ في واحد لم تدفع إليه إلا في معنى واحد أن يذكر عدداً فيوجد أقل، فإن أشهب قال: يعطى، وقال: أخاف أن يكون اغتيل فيها[٣].

ولو ادعاها رجلان واتفقت صفتهما اقتسماها بعد أيمانهما، فإن نكل أحدهما كانت لمن حلف. قال أشهب: وإن نكلا لم تدفع إليهما. وأرى أن يقتسماها؛ لأن يمين أحدهما للآخر من باب دعوى التحقيق، فإن نكل أحدهما[٤] كانت لمن حلف، وإن نكلا اقتسماها لتساوي دعواهما ولم يمنعاها لإمكان أن يدعيها ثالث، وإن زاد أحدهما صفة قضي له بها؛ مثل: أن يصفا

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧١.

(٢) في (ق٦): (استحباباً). وأشار في حاشيتها إلى أنها في نسخة: (استحساناً).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧١.

(٤) قوله: (أحدهما) زيادة من (ق٦).

العفاص/ والوكاء، ويزيد أحدهما العدد أو العدد والسكة.

واختلف إذا اختلفت صفاتها فوصف أحدهما الباطن؛ العدد والسكة، والآخر الظاهر؛ العفاص والوكاء، فقيل: من وصف العفاص والوكاء أحق بها للحديث. وقيل: يقتسمانها. وهو أبين لأن كليهما يريد أخذها بالدليل، ودليل من عرف الباطن أقوى، فهو إن لم يرجح به ويكون أحق فلا يكون أدنى منزلة، وإن أخذها أحدهما بالصفة ثم أتى آخر فوصف مثل الأول قبل أن يبين بها ويظهر أمرها قسمت بينهما، وهذا هو الصحيح من القول، وإن ظهر أمرها لم يقبل قول الثاني، وإن أقام الثاني البينة انتزعها من الأول إلا أن يقيم الأول بينة فيقضى بها لأعدلهما، فإن تكافئتا سقطتا وبقيت للأول بالصفة.

وقال ابن الماجشون: إذا جاء رجل فوصف أو أقام البينة، فقال الملتقط: دفعتها لمن وصفها ولا أعرفه، ولم يشهد عليه، ضمنها؛ لأنه فرط إذ دفع بغير بينة[1]. يريد: إذا لم يعلم دفعها إلا من قوله، ولو علم أنها أخذت منه بصفة لم يكن عليه شيء، وإن لم يشهد عليه ولا عرف الآن من هو.

وقال سحنون: إذا وصف سكة الدنانير لم يعط لذلك حتى يذكر علامة وكاء[2] أو سقاء. وقال يحيى بن عمر: يأخذه لذلك[3]. يريد: إذا كانت دنانير البلد سككاً، فإن كانت سكة واحدة لم تدفع إليه قولاً واحداً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٣.

(٢) قوله: (وكاء) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٢.

فصل

[في صفة تصرفه في اللقطة]

ثبت عن النبي ﷺ أنه قال في اللقطة: «**عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا**»[1]، وقال أيضا في البخاري ومسلم: «**فَإِنْ لَمْ تُعْتَرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ**»[2]، وفي النسائي: «**فَإِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا فَهِيَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ**»[3]، فأباح له أن يتصرف فيها لنفسه بعد الحول.

واختلف في صفة تصرفه فيها؛ فقال مالك: لا أحب أن يأكلها وليحبسها أو يتصدق بها، فإن جاء صاحبها أداها إليه[4]. وقال القاضي أبو الحسن علي بن القصار: يكره أن يأكلها غنيّاً كان أو فقيراً، فإن أكلها جاز. يريد: ولا تنتزع منه إن لم يجئ صاحبها. وقال ابن شعبان: له ذلك إن كان غنيّاً بمثلها. وقال ابن وهب في العتبية: إن كانت قليلة وكان فقيراً أكلها، فإن أتى صاحبها أداها إليه[5]. والذي يقتضيه قول ابن القاسم في المدونة أن له أن يستمتع به غنيّاً كان أو فقيراً، والذي يقتضيه قول أشهب أن ذلك له إن كان غنيّاً.

واللقطة أربع: العين، والعروض، والحيوان، والطعام. فإن كانت عيناً

---

(١) سبق تخريجه، ص: ٣١٩١.

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٨٥٥، في باب ضالة الإبل، من كتاب اللقطة في صحيحه، برقم: ٢٢٩٥، ومسلم: ٣/ ١٣٤٦، أوائل كتاب اللقطة، برقم: ١٧٢٢. وفيه: (تعرف) بدل (تعترف).

(٣) أخرجه النسائي في السنن الكبرى: ٣/ ٤١٨، في باب الإشهاد على اللقطة، من كتاب اللقطة، برقم: ٥٨٠٨.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٥.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٧٢، ٣٧٣، والنوادر والزيادات: ١٠/ ٤٦٨.

جاز له التصرف فيها حسبما تقدم، وفيه جاء الحديث.

واختلف في العروض إذا باعه؛ فقال ابن القاسم: البيع جائز وإن بيع بغير أمر السلطان، وإن جاء صاحبها لم ينقض البيع[1].

وقال أشهب له أن ينقض البيع، وإن فات كان له الأكثر من القيمة أو الثمن.

وله بيع الحيوان والآبق بعد الحول فليس عليه أن يتكلف أمره أكثر من السنة، وإن كان طعاماً لا يخشى فساده بعد السنة جاز بيعه عند ابن القاسم، ولم يجز عند أشهب، وإن خشي فساده من سوس أو غيره جاز البيع وإن لم تتم السنة، فأجاز ابن القاسم بيع العروض، وحمل الحديث أنه بعد السنة في حكم من يئس منه؛ وعلى هذا يكون له أن ينفقها إن كانت عيناً موسراً كان أو فقيراً، وحمل الحديث على العين خاصة لما كان لا ضرر على صاحبه في إنفاقه، وإذا لم يجز في العرض لم يجز أن ينفق العين إلا أن يكون موسراً بها فيضمنها[2] إن أتى صاحبها.

وكذلك الصدقة بها تجوز على القول الأول[3] وإن كان الملتقط فقيراً، ولا تجوز/ على القول الآخر إلا أن يكون غنيّاً، يشهد للأول قول النبي ﷺ «**فشأنك بها**»، وقوله: «**فأنفقها**»، فعم، ولم يقل إذا كان قادراً على الأداء، ويشهد للقول الآخر قوله «**فَأَدِّهَا إِلَيْهِ**»، فإذا كان مطالَباً بالأداء فلا يباح لمن كان عاجزاً عنه، والأول أبين لقوله ﷺ «**فذلك مال الله يؤتيه من يشاء**».

(ف ١١/ب)

وقال ابن القاسم: إذا تصدق بها ثم جاء صاحبها، فإن كانت قائمة بأيدي

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٩.

(٢) قوله: (فيضمنها) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (القول الأول) يقابله في (ف): (هذا القول).

المساكين فله أخذها، وإن أكلوها لم يضمنوها[١]، وقال في الدمياطية في الذي يلتقط الثوب أو السيف فيتصدق به فيبيعه المساكين ثم يأتي صاحبها وهم قد أكلوه: أنه يرجع على الذي اشتراه من المساكين ويرجع الذي اشتراه[٢] من المساكين على الذي تصدق به عليهم.

وقال أشهب في مدونته: إن كانت بأيدي المساكين ولم يدخلها نقص لم يكن لصاحبها إلا أخذها، وسواء تصدق بها عن نفسه أو عن صاحبها، وإن نقصت كان بالخيار بين أن يأخذها بنقصها ولا تباعة له على الملتقط أو يضمنه قيمتها، فإن ضمنه قيمتها، وكان قد تصدق بها عن صاحبها كان للملتقط أن يرجع فيها فيأخذها، وإن تصدق بها عن نفسه لم يرجع فيها، وإن أكلها المساكين كان لربها أن يضمنهم إياها، فإن كان قمحاً فأكلوه غرموا مثله أو حيواناً باعوه غرموا ما باعوه به إن شاء ربها، وإن شاء أخذ الملتقط بقيمتها يوم تصدق بها عن نفسه أو عن صاحبها[٣].

ولا تخلوا الصدقة بها من ثلاثة أوجه: إما أن يتصدق بها عن صاحبها أو عن نفسه، أو ليكون صاحبها بالخيار، فإن تصدق بها عن صاحبها وهي عين وكانت قائمة بأيدي المساكين لم يكن لصاحبها إلا أن يأخذها، وإن تصدق بها عن نفسه وهو موسر لم يأخذها وكان له أن يغرمها الملتقط، وإن كان ليكون صاحبها بالخيار وهو موسر، فكذلك أيضا ليس له أن يأخذها وهو بالخيار بين أن يكون له أخذها أو يغرمها الملتقط، وإن كانت عرضا وهو موجود بأيدي

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨١.

(٢) قوله: (فيبيعه المساكين ثم يأتي صاحبها... الذي اشتراه) يقابله في (ف): (فيبيعوه المساكين، ويأكلون الثمن، قال: له أن يأخذها ممن باعها منه المساكين ويرجع المشتري).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٠.

المساكين كان الجواب على ما قاله أشهب، وإن باعوه وغاب به المشتري عاد الجواب إلى ما تقدم في العين فيكون مقاله مع الملتقط، وإن لم يفت لم يكن له أخذه على قول ابن القاسم كما لو باعه الملتقط لنفسه إلا أن يكون أعطاه للمساكين صدقة عن صاحبه.

فصل

[حكم اللقطة في الحرم]

وقال القاضي أبو الحسن ابن القصار: حكم اللقطة في الحرم وغيره سواء، له أن يأخذها على حكم اللقطة ويمتلكها بعد ذلك، وله أن يأخذها ليحفظها على صاحبها حسب ما تقدم في غير الحرم، وبه قال أبو حنيفة[١].

وقال الشافعي: له أن يأخذها ليحفظها على صاحبها ويعرفها ما دام بمكة، فإن أراد الخروج سلمها إلى الحاكم، وليس له أن يتملكها إذا عرفها سنة[٢]، وهذا أبين للحديث والقياس.

فأما الحديث فقول النبي ﷺ في مكة: «**لاَ تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلاَّ لِمُنْشِدٍ**»، وقال: «**إِلاَّ لِمُعَرِّفٍ**»[٣] اجتمع عليه البخاري ومسلم، ففرق بينها وبين غيرها، وأخبر أنها **لا تحل** إلا للتعريف لا لغير ذلك ولم يوقت للتعريف سنة ولا غيرها، وقال في غيرها: «**تعرف سنة ثم شأنك بها**»، ولو كانت مثل غيرها لم يكن للحديث معنًى.

---

(١) انظر: الهداية شرح البداية: ٢/ ١٧٧.

(٢) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة على المنهاج: ١٠/ ١٢٤.

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٣٦، في باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع، من كتاب البيوع في صحيحه، برقم: ١٩٨٤، ومسلم: ٢/ ٩٨٦، في باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام، من كتاب الحج، برقم: ١٣٥٣.

فأما القياس فإن الغالب من الناس إذا حجوا أن يرحلوا إلى أوطانهم، فربما عاد إلى الحج بعد العشر سنين والعشرين وأكثر وأقل فلم يكن مرور السنة دليلاً على اليأس ممن يطلبها، وغيرها من البلدان يتكرر الناس/ في السفر إليها في السنة مراراً، فإذا عرفت سنة ولم تعرف غلب على الظن اليأس منه.

(ف ١٢/أ)



باب في لقطة الطعام

وإذا التقط طعاماً لا يدخر ويخشى فساده كالفاكهة واللحم، فإن كان في غير عمارة أكله ولا ضمان عليه إلا أن يكون في رفقة وجماعة فيكون له حكم الحاضرة.

واختلف إذا وجده في حاضرة؛ فقال مالك: يتصدق به أعجب إلي، فإن أكله فلا شيء عليه، والتافه وغيره سواء[1]. وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: يتصدق به ولا شيء عليه، وإن أكله ضمنه لانتفاعه به تافها كان أو غيره. وقال أشهب في مدونته: إن كان في عمارة أو قربها باعه وعرفه، فإن جاء صاحبه كان له الثمن[2].

وأرى أن يفرق بين القليل والكثير؛ فما كان الغالب في مثله أن صاحبه لا يطلبه، وإنما يتفقده بالحضرة ثم يعرض عنه فلا شيء على واجده أكله أو تصدق به لقول النبي ﷺ في التمرة التي وجدها على الطريق «**لَوْلاَ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُهَا**»[3]، وكذلك ما كثر من التمر، والغالب أنه لا يطلب مثله.

وما كان الغالب طلبه أبقي لصاحبه على الأصل في الأموال أنها لأربابها، وعلى واجدها حفظها، وليس من وجد حمل فاكهة كمن وجد شيئاً تافهاً، ولا

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٦٩.

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٢٥، في باب ما يتنزه من الشبهات، من كتاب البيوع في صحيحه، برقم: ١٩٥٠، ومسلم: ٢/ ٦٥٦، في باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ، وعلى آله، من كتاب الزكاة، برقم: ١٠٧١.

من وجد سليخاً كمن وجد قطعة لحم؛ ولهذا قال مالك في الدلو أو الحبل: أن له أن ينتفع به، وإن تصدق به كان أحسن[١]. لأنه وإن كان مما يدخر -أعني: الدلو والحبل- فالغالب ألا ينشغل[٢] صاحبه بطلبه كالتمرة وهي مما تدخر ولا تطلب.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٤٩.

(٢) في (ق ٦): (يحفل)، وأشار في حاشيتها إلى المثبت.



باب
في ضالة الغنم والإبل

لضالة الغنم خمسة أحوال: إما أن يجدها على بعد من العمارة وهو وحده أو معه الواحد والاثنان ومن لا حاجة له بشرائها، أو في جماعة يقدر على بيعها، أو في غير جماعة ومعه غنم، أو بقرب عمارة وقرية، أو في القرية نفسها.

فإن كان على بعد وحده أو مع من لا حاجة له بشرائها كانت لواجدها ولا شيء عليه إن جاء صاحبها، وفي مثل هذا جاء الحديث، وإن نقلها إلى الحاضرة بعد أن ذبحها كان له أكلها.

قال أصبغ في العتبية: له أن يأكلها وإن كان غنياً ولحمها وجلدها مال من ماله، وليس عليه أن يعرفها إلا أن يأتي صاحبها وهي في يديه فيكون أحق بها -يريد: ويعطيه أجر نقلها- قال: ولو قدم بها حية عرفها وكانت كاللقطة[1]. وهذا قول مالك في المدونة: وفي الغنم والبقر إذا التقطها رجل فأنفق عليها ثم أتى صاحبها فهي له، ويغرم ما أنفق هذا عليها[2]. والقياس: ألا شيء له في الشاة، وإن كانت حية لأنه نقلها بعد أن سوغت له ملكاً، ولولا ذلك لم ينقلها.

وإن كان في رفقة باعها ووقف ثمنها لصاحبها، فإن أكلها ضمنها. واختلف إذا تصدق بها؛ فقال مالك في المختصر: لا شيء عليه، قال: وليست المواشي كغيرها[3]. وقيل: يضمنها. وهو أحسن؛ لأن الأصل في الأموال أنها ملك لأربابها، ويجب حفظها لهم إلا ما ورد في الحديث مما يشق حفظه، وإن

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٧٩.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٧، ٤٥٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات ١٠/ ٤٧٧.

تركه لم ينتفع به صاحبه.

وإن كانت معه غنم ضمها إلى غنمه، قال مالك في المبسوط: يحبسها مع غنمه سنة أو أكثر، وله حلابها ولا يطلب به، فإن ذبحها قبل السنة اختياراً ضمنها، وإن خاف عليها لم يضمن إلا أن يقدر على بيع لحمها[1].

وعلى قوله إن مرت بها السنة[2] أو أكثر جاز له أكلها إن لم يجد من يشتريها منه، **وهذا أحسن في الشاة والشاتين**؛ لأنه لا ضرر عليه إن ضمها إلى غنمه، فإن/ كثرت وشق حفظها لم يكن ذلك عليه، وكان له أن يأكلها إن لم يجد من يشتريها منه، وتبقى الواحدة والاثنتان وما لا يشق حفظه.

(ف) ١٢/ب

وإن وجدت قرب قرية ضمها إليها وعرفها فيها، فإن لم يفعل وأكلها ثم تبين أنها لأهل تلك القرية ضمنها.

واختلف إذا كانت لغيرها؛ فقال أشهب في الدمياطية: لا شيء عليه. وقال مالك في كتاب ابن حبيب: يضمنها أكلها أو تصدق بها[3]. ولم يفرق بين أن تكون لهم أو لغيرهم، **وهذا أحسن**، وقد تقدم وجه ذلك لأن الأصل بقاء الملك لأربابه. وإن وجدها في قرية كان حكمها حكم الأموال في التعريف والحفظ.

فصل

[حكم أخذ ضالة الإبل]

قد تقدم الحديث في ضالة الإبل أنها تترك ولا يعرض لها، واختلف

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٧.

(٢) قوله: (اختياراً ضمنها، وإن... إن مرت بها السنة) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٩.

السلف في أخذها؛ فمنعه عمر رضي الله عنه، وأجازه عثمان رضي الله عنه[١]، قال ابن شهاب كانت في زمن عمر رضي الله عنه مُؤَبَّلَة لنتاج لا يمسها أحد حتى كان زمن عثمان رضي الله عنه فأمر بتعريفها ثم تباع، فإن جاء صاحبها أعطي الثمن[٢].

واختلف فيها عن مالك؛ فقال مرة: لا يعرض لها، ومن أخذها عرفها، فإن لم تعترف ردها حيث وجدها[٣]. وقال مرة في من وجد بعيراً ضالاً: فليأت به الإمام يبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال[٤].

قال أشهب في مدونته[٥]: يوقف ثمنه حتى يأتي ربه، وإن كان الإمام غير عدل خلي حيث وجد[٦].

فكان الحكم في الزمان الأول الترك لوجود النبوة والصحابة، ثم كذلك في خلافة عمر رضي الله عنه لعدل الخليفة وصلاح الناس[٧]، ثم لم تترك في زمان عثمان رضي الله عنه لعدل الخليفة وفساد الناس، ثم تغير الأمر ففسد السلطان والناس فرأوا[٨] أن تؤخذ، ولا ترفع[٩] إليه، وعلى هذا يجري أمرها اليوم؛ تعرف فإن لم يأت

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٨.

(٢) انظر: الموطأ: ٢/ ٧٥٩، في باب القضاء في الضوال، من كتاب الأقضية برقم: ١٤٤٩.
ومؤبلة: هي المتخذة للقنية، وفي حديث ضوال الإبل أنها كانت في زمن عمر إبلا مؤبلة لا يمسها أحد. انظر لسان العرب: ١١/ ٣.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٧.

(٥) قوله: (أشهب في مدونته) يقابله في (ف): (في مدونة أشهب)، وأشار في حاشية (ق٦) إلى ما في (ف).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٨.

(٧) قوله: (وصلاح الناس) ساقط من (ف).

(٨) في (ق ٦): (فرأى).

(٩) في (ق ٦): (تدفع) وأشار إلى ما في (ف).

صاحبها بيعت، وإن خشي السلطان إن عرفت لم تؤخذ، وإن كان إنما يخشى عند عدم صاحبها إذا صارت ثمنا، أرسلت حيث وجدت ولم تبع، وإن كانت بموضع فيه السباع أخذت وعرفت، لأنه لا مشقة في بلوغها بخلاف الشاة، إلا أن يخاف عليها من سلطان الموضع متى عرفت فتترك فقد يعود صاحبها بقرب قبل أن تهلكها السباع.




باب
في ضالة البقر والخيل وغيرها[١] من الدواب

يراعى في هذه أربعة أحوال: هل تؤخذ، وأمد التعريف إن أخذت، وبيعها، وإلى من يكون البيع؟ لمن أخذها أو السلطان؟.

فأما أخذها فيمنع إذا كانت في موضع رعي وماء لا يخاف عليها سباع ولا ناس، فإن انخرم أحد هذه الوجوه أخذت، وليس لهذه صبر عن الماء كالإبل. فإذا أخذت عرفت حولاً إذا تكلف ذلك واجدها، ولم يلحق صاحبها في الإنفاق عليها في تلك المدة مضرة، فإن قدر على رعيها في أمن وحفظ وإلا أوجرت بقدر ما تحتاجه من النفقة في مأمون من الأعمال، فإن لم توفِّ الإجارة بعلفها أو قال واجدها لا أتكلف الصبر عليها، بيعت.

واختلف فيمن يتولى البيع؛ فقال مالك في المختصر: لا يبيع ضالة إلا الإمام[٢].

وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: أحب إلي أن تدفع إلى الإمام إذا كان مأمونا إلا في ما خف من الشاتين والثلاث، ويشهر ذلك[٣].

وقال ابن القاسم: إن باع الدواب بعد السنة بغير أمر السلطان ثم جاء صاحبها ولم تفت لم يكن له إلا/ الثمن[٤].

(ف) ١٣/أ

وقال أشهب في مدونته: له نقض البيع وإن لم يقدر عليها لم يكن له إلا

(١) قوله: (وغيرها) ساقط من (ف).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٧، ٤٧٨.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٠.
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٩.

الثمن[١] إذا بيعت خوف الضيعة بخلاف الثياب وما لا مؤنة في بقائه، فإن لصاحبه إذا فات الأكثر من الثمن أو القيمة.

وبيع الإمام[٢] إذا كان مأمونا أحسن[٣]، فإن فعل[٤] كان بيعه ماضياً، لأن النبي ﷺ جعله فيها كالإمام، وأجاز أن تبقى عنده، ويكون هو المعرف لها، وأن يكون هو القاضي[٥] فيها فيدفعها لمن يعرفها[٦] دون الإمام، وإذا صح البيع صار حكم الثمن في وقفه والانتفاع به والصدقة حكم اللقطة.

---

(١) قوله: (وقال أشهب في مدونته... له إلا الثمن) ساقط من (ف).

(٢) في (ف): (الثمار).

(٣) قوله: (أحسن) ساقط من (ف).

(٤) في (ق ٦): (لم يفعل).

(٥) أشار في حاشية (ق٦) إلى أنه في نسخة: (الناظر).

(٦) قوله: (لمن يعرفها) ساقط من (ف).

باب



في الدابة تقف على صاحبها والمتاع يتركه لهلاك دابته أو يطرحه في البحر خوف الغرق فيقذفه البحر أو يخرج منه[(١)]



وقال مالك مرة في إبل اعترفها رجل وقد كان أسلمها، وقد أنفق عليها: له ما أنفق عليها إن أحب صاحبها أخذها وإن أسلمها فلا شيء عليه[(٢)].

وقال ابن وهب: إن أسلمها في ماء وَكَلَإٍ فهو أحق بها. فعلى قوله إن أسلمها في غير ماء ولا كلإ وما يرى أنه لا يعود إليها إلا وقد هلكت، ألا شيء له فيها، وتكون كالشاة.

وقال مالك في العتبية فيمن ماتت راحلته بفلاة فترك متاعه[(٣)] فأخذه رجل فاحتمله إلى منزله: فصاحبه أحق به، ويغرم أجر حمله. وقال في قوم طرحوا أمتعتهم خوف الغرق، ثم أخذها قوم من ماء البحر: أنها لأصحابها[(٤)].

وذكر أبو إسحاق ابن شعبان عن الحسن أنه قال: إن أخرجها من ماء البحر فهي له، وإن قذفها البحر كانت لصاحبها. وعن الليث والحسن بن صالح أنها لمن أخذها وإن قذفها البحر إلا أن يقول صاحبها كنت على الرجوع إليها، فيحلف ويأخذها.

---

(١) قوله: (أو يطرحه في البحر خوف الغرق فيقذفه البحر أو يخرج منه) يقابله في (ف): (أو العطب فيقذف به في الصحراء).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٧.

(٣) قوله: (فترك متاعه) ساقط من (ف).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٣٥٨، ٣٥٩.

وأرى إن أرسل الدابة على ألَّا يعود إليها فأحياها هذا فأقام عليها كانت له بخلاف الشاة يوصلها حية؛ لأن هذه أسلمها صاحبها ولم يسلم الشاة، ولو علم ضمها إلى غنمه، فإن أخذها هذا بعد أن حييت ولم يعلم إلا بعد[١] أن ساقها كان ربها أحق بها، وإن تركها ليعود إليها وعلم أنه لا يعود إليها إلا وقد هلكت كانت لصاحبها كالشاة يأخذها ثم يجدها صاحبها قبل أن تذبح.

وإن كان متاعاً يشق نقله، وتركه صاحبه على ألَّا يعود إليه، وأخذه رجل ونقله، كان لمن أخذه؛ لأن صاحبه أباحه للناس لما مضى على ألا يعود، وإن تركه ليعود كان لصاحبه، ولهذا أجر حمله إلا أن يرجع صاحبه بدوابه يحمله فلا أجر له.

وأما المتاع يؤخذ من[٢] البحر، فإن كان غرقهم في مرسى ومضى صاحبه ليعود لإخراجه كان له وإن تركه على ألا يعود كان لمن أخرجه، وهو في هذا أبين مما ترك في البر لأن هذا هالك لو لم يخرج، وهو كالشاة كما قال النبي ﷺ: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»، وإهلاك البحر لها كإهلاك الذئب مع ما يتكلف من المشقة للعطش عليه والخوف على نفسه حينئذ.

وإن قذفه البحر فنقله كان لصاحبه؛ لأنه فيه على وجهين، إما أن يكون لا يخاف عليه الفساد لو بقي فلم يكن لهذا أن يعرض له، أو يخشى فساده كالمتاع[٣]، فعلى من وجده أن يفتحه[٤] وينشره ثم يدعه.

---

(١) قوله: (يعلم إلا بعد) يقابله في (ف): (يعمل إلى).

(٢) قوله: (يؤخذ من) يقابله في (ق ٦): (يوجد في)، وأشار في حاشيتها إلى المثبت.

(٣) قوله: (أو يخشى فساده كالمتاع) يقابله في (ق٦): (أو يكون مما يسرع إليه الفساد كالأمتاع). وأشار في حاشيتها إلى المثبت.

(٤) في (ف) و(ق٩): (يقيمه).

ولو مرَّ قوم في سفينة بمتاع قوم قد انكسروا وهو على الماء كان عليهم رفعه إذا كان مرورهم بريح لا يضرُّهم الإمساك لأخذه، وكذلك إن مروا بناس أحياء فعليهم أن يحطوا لرفعهم.

باب



(ف) ١٣/ب

في الآبق هل يؤخذ ليعرف؟ وهل يباع/ إن لم يوجد[1] صاحبه أو يسرح؟ وفي أمد تعريفه والنفقة عليه واستحقاقه بالصفة



اختلف في أخذ الآبق وفي تسريحه بعد أخذه؛ فأما أخذه، فقال مالك: إن كان لأخ أو لجار أو لمن يعرف أخذه، وإن كان لمن لا يعرف فلا يقربه. قال ابن القاسم: إن كان لمن يعرف[2] استحب له أخذه وهو في سعة من تركه[3].

وقال أشهب في مدونته: إن كان سيده قريباً فأَخْذُه أحب إلي، وإن تركه فهو في سعة، وإن كان بعيداً فتَرْكُه أحب إلي، فإن أخذه فهو في سعة[4].

وأما تركه بعد أخذه؛ فقال مالك في المدونة: إن أرسله ضمنه[5]. وقاله ابن القاسم وأشهب وابن الماجشون وابن عبد الحكم[6].

وقال مالك في العتبية: إن لم يجد صاحبه أرسله خير من أن يبيعه فيهلك ثمنه أو يطرح في السجن فلا يجد من يطعمه[7].

فرآه في سعة من تركه بخلاف الثوب والبعير؛ لأن الثوب لا كلفة في حمله، وكذلك البعير لا يتكلف له نفقة والرعي يجزئه حتى يوصله، وفي العبد وجوه

---

(١) في (ف): (يجئ).

(٢) قوله: (يعرف) يقابله في (ف): (لا يعرف). والمثبت موافق لما في المدونة.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٤.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٥.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦١.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٥.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٧٧، والبيان والتحصيل: ١٥/ ٣٦١، ٣٦٢.

تكلف النفقة والاحتراز منه؛ فقد يسرق متاعه ويفر بنفسه، وإن كان شريراً خشي أن يقتله إن نام ويذهب، وإن قيده تكلف الكراء عليه. وإن كان لمن يعرف وهو على الأميال اليسيرة من موضع أبق منه فلا سعة له في تركه إن لم يخف منه. ومحمل قوله: إذا كان لمن لا يعرف ألا يقربه- أن ذلك لفساد الأئمة إن أنشده أخذه، ولا يخشى ذلك إن كان لمن يعرف؛ لأنه يبلغه إلى ربه بغير إنشاد.

وقال مالك في الآبق: يعرف سنة[1]. **يريد**: إن كان له صنعة تقوم بنفقته ويعملها في موضع يعقل فيه، أو يكون إمام عدل ينفق عليه من بيت المال في زمن رجا[2] إن أتى سيده فغرم تلك النفقة لم تضر النفقة بثمنه.

فإن لم تكن له صنعة، أو لم يكن بيت مال، أو كانت النفقة تجحف بثمنه، أو قال واجده: لا أتكلف حفظه سنة، ويخشى عليه إن رفع إلى السلطان؛ بيع قبل السنة، وكان التعريف باقياً.

وإن بيع بعد السنة فالقياس ألا يتصدق بثمنه حينئذ ولا ينفقه بخلاف اللقطة؛ لأن للقطة موضعاً يتفقدها فيه صاحبها، فإذا مضت السنة ولم يأت كان قد أبلى عذره، والآبق لا يدري صاحبه أين توجه فيخصه بالطلب، فلم تأت السنة من ذلك على ما تأتي عليه في اللقطة، وإنما السنة طول فيما يتكلف من أمره، ويوقف الثمن عنده أو عند أمين، ولو رفع ذلك إلى السلطان جعل الثمن في بيت المال أو على يدي أمين[3].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٨.

(٢) قول (في زمن رجا) زيادة من (ق٩).

(٣) قوله: (ولو رفع ذلك إلى السلطان جعل الثمن في بيت المال أو على يدي أمين) زيادة من (ق٩).

فصل

[في بيع السلطانِ الآبقَ]

وإن باع السلطان الآبق ثم أتى سيده وقال: كنت أعتقته أو دبرته، لم يقبل قوله(١).

واختلف إذا كانت أمة، فقال: كانت ولدت مني، ولا ولد معها؛ فقال ابن القاسم: يقبل قوله إن لم يتهم فيها(٢). وقال أشهب: لا يقبل قوله، ولا يرد البيع كما لا يرد العتق.

وأرى أن يرد البيع بخلاف العتق؛ لأن الشأن في العتق إشهاره، فعدم ذلك يضعف قوله، وليس كذلك الإيلاد، وأيضاً فإن الحر لا يأبق، فلو أعتقه لم يأبق، وتأبق أم الولد، إلا أن يكون العبد لم يواجه بالعتق، فيصح أن يأبق، إلا أن الشأن أن يشهر عتقه. وبيعُ السيد لأمته ثم يعترف أنها ولدت منه وبيع السلطان- مفترقٌ؛ لأن بيعه بنفسه يتضمن إقراره أنها ليست بأم ولد، فقوله بعد ذلك كانت ولدت مني تكذيب لقوله الأول، فلم يقبل، وبيع السلطان لا يكذب قوله الآن لأنه لم يكن منه خلاف لقوله هذا.

فصل

[في كيفية دفع الآبق والدواب والثياب إلى مدعيها وواصفها]

(ف ١٤/أ)

/ واختلف إذا حبس الآبق ثم أتى رجل فادعاه ووصفه هل يدفع إليه بالصفة من غير بينة؟ فقال ابن القاسم: يتلوم له في ذلك، فإن لم يأت من يطلبه

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦١.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٢.

دفعه إليه وضمنه[١]. وقال أشهب: لا يأخذه بالصفة. وإليه رجع سحنون، وقال: لا يدفع إلا ببينة طال مقامه أو لم يطل[٢].

وإن اعترف لغيره بالرق كان لمن اعترف له بالرق دون من وصفه قولاً واحداً، وإن اعترف لغائب كتب إليه، فإن ادعاه كان أحق به.

واختلف إذا أنكر العبد هذا المدعي ولم يقر لغيره وهو يقر بالعبودية، أو قال: أنا حر، وهو معروف بالرق، هل يكون لمن ادعاه؟ فأما الصفة[٣] فأرى أن يدفع إليه إذا وصف صفة تخفى وليست بظاهرة.

وكذلك الدواب تدعى فإنه يختلف فيها هل تدفع بالصفة من غير بينة؛ لأنها مما يتصرف بها ويظهر صفتها؟ وأما الثياب فدفعها بالصفة أبين، والصفة فيها كالعفاص والوكاء في الدنانير. قال ابن القاسم في المتاع يسرق بمكة فيدعيه رجل ويصفه: يدفع إليه، وإن لم تكن بينة[٤].

واختلف في استحقاقه بشهادة البينة على الصفة، وفي رجوع المستحَق من يده على بائعه بالشهادة على الصفة أنه استُحِق من يده عبدٌ على صفة كذا.

فأجازه ابن القاسم في الوجهين جميعاً؛ فقال فيمن أتى يدعي عبداً بكتاب قاضٍ أنه أبق له عبد على صفة كذا وشهادة الشهود فيه على الصفة: إنه يقضى له به[٥]. وإن استُحِق عبدٌ من يد رجل بشهادة بينة عرفت أنه ملكه، فأتى

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٦، ٤٨٧.

(٣) أشار في حاشية (ق٦) إلى أنه في نسخة: (فأما بالصفة).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ١١٥.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٢.

المستحَق من يده بكتاب القاضي باستحقاقه ومعه العبد موافق لصفة الكتاب، أو ليس معه العبد: قضي له بالثمن على البائع[1].

وخالف ابن كنانة في استحقاقه بالشهادة على الصفة؛ فقال فيمن أبق له غلام من مصر إلى الأندلس، فأتى بكتاب من قاضي مصر على الصفة أنه أبق له عبد ونعته ووصفه، وأثبت الكتاب عند قاضي الأندلس، فأنكر العبد أن يكون هذا سيده: فلا يأخذه بذلك إن ادعى العبد الحرية أو كان في يد من يدعيه لنفسه. وأجاز ذلك إذا اعترف له العبد[2].

ومنع ذلك أشهب إذا أتى به المستحق من يده ومعه صفة موافقة لما في كتاب القاضي، إلا أن تشهد البينة أنه العبد الذي في الحكم، وأجاز المستحق بالبينة على الصفة، وفرق بين الموضعين؛ لأن الشهادة على الصفة إنما تجوز للضرورة، وهؤلاء الذين شهدوا على حكم القاضي قادرون على أن يشهدوا على عينه، وإذا كان العبد غائباً قبلت الشهادة ها هنا على الصفة؛ لأنها ضرورة لا يقدر على غير ذلك.

وأرى إذا أغفل القاضي أن يشهدهم على عين العبد حتى خرجوا وبعدوا أن تقبل الشهادة على الصفة وتصير ضرورة. واختلف هل يطبع في عنق العبد، والطبع أحسن.

فصل

[في عتق الآبق وتدبيره وعتقه إلى أجل]

عتق العبد الآبق جائز لازم لسيده وكذلك تدبيره وعتقه إلى أجل، فإن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨٧.

جعل[١] الأجل من يوم أعتق ثم لم يقدر عليه حتى انقضى الأجل كان حرّاً، وإن وجده قبل ذلك خدمه بقية الأجل، وإن جعل[٢] الأجل من بعد وجوده جاز واستؤنف الأجل من بعد وجوده.

وتجوز كتابته، ويوقف الأمر فيه، فإن وجده وكان قصده إجباره على المكاتبة كان مكاتباً، وإلا كان العبد بالخيار بين القبول والرد، وفائدة الكتابة الآن انعقادها / على السيد، فإن قبلها العبد بعد ذلك لم يكن للسيد الرجوع.

(ف) ١٤/ب

وإن أعتقه عن ظهار وجب عليه جاز، ويمنع من زوجته حتى يعلم أنه كان حيّاً سالماً من العيوب يوم أعتق فتحل[٣].

وقال ابن حبيب: لا يجزئه إلا أن يكون صحيحاً يوم أعتق ويوم وجد، فإن كان صحيحاً يوم أعتق ثم اعتل أو سقيما ثم صح، لم يجزئه حتى يجتمع فيه الوجهان جميعا[٤]. **والأول أحسن.**

---

(١) في (ف): (حل).

(٢) في (ف): (حل).

(٣) في (ف): (فيحل بيعه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/٥٠٦، ٥٠٧. ونصها: «قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون: لا يجزئ في الرقاب الواجبة مدبر ولا مكاتب ولا ولد ولا معتق إلى أجل... ولا الآبق إلا أن يجده بعد العتق سليماً ويعلم أنه كان يوم أعتقه صحيحاً، فأما إن كان يومئذ عليلاً ثم صح أو كان صحيحاً ثم اعتل لم يجزئه حتى يكون صحيحاً ويجده صحيحاً».

فصل

[في اشتراء العبد الآبق بأرض الحرب]

وإن أبق العبد إلى أرض الحرب فاشتراه[١] رجل بأمر سيده ثم هلك قبل وصوله كانت مصيبته[٢] من سيده وغرم للمأمور ما افتداه به، وإن أعتقه الذي افتداه رد عتقه، وإن كانت أمة فوطئها فحملت كان زانياً يحد وتؤخذ الأمة وولدها.

وإن اشتراه بغير إذن السيد فهلك أو أبق كان من المشتري، واختلف إذا أعتقه أو كانت أمة فحملت منه؛ فقال ابن القاسم: يمضي العتق والإيلاد[٣].

وقال أشهب: لسيدها أن يرد العتق ويغرم ما افتداها به، وإن حملت أخذها وحاسبه بقيمة الولد من الثمن. **وهو أصوب**، وليس كون المستحَق لا يؤخذ إلا بعد دفع الثمن مما يخرجه عن حكم الاستحقاق، ولو كنت أقول أن ذلك فوت لرأيت على المعتق والواطئ فضل القيمة يوم أعتق أو أولد؛ لأنه أتلف ملك غيره بوجه شبهة.

---

(١) قوله: (فاشتراه) يقابله في (ف): (فاشتراه صحيحاً).

(٢) قوله: (كانت مصيبته) يقابله في (ف): (كان).

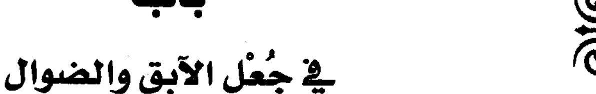
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٦، ٤٦٧.







باب



في جُعْل الآبق والضوال

وإذا جاء بالآبق من ذلك شأنه كان له جعله على قدر عنائه وبُعْد موضعه، وما تكلف من استخراجه إذا كان في موضع أخفى فيه نفسه أو لا يستطيع غيره إخراجه، وقدر حال العبد فليس العبد الشديد[1] ومن يخاف كغيره، وقدر ثمنه وقد علم أن الجعل فيما كثر ثمنه بخلافه إذا قل. وله على قول مالك جعله على أن نفقته على العبد داخلة في الجعل، ثم إن السيد بالخيار بين أن يفتديه بذلك أو يسلمه.

قال مالك وابن القاسم: وكذلك الدواب والأمتعة إن أتى بها من ذلك شأنه فلا بد من[2] جعل مثله، وإن لم يكن ذلك من شأنه فلا شيء له[3].

وقال أشهب في مدونته فيمن ذلك شأنه: لولا فساد الناس وأنه يخشى على المسلمين ضيعة ما يصل إليهم إن لم يجعل في ذلك لمن أتى به، لم أرَ له شيئاً[4].

---

(١) في (ق ٦): (الشرير).

(٢) في (ف): (فله).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٨. ونصها: «قال: سألنا مالكا عن الآبق إذا وجده الرجل فأخذه فطلب جعله، أترى فيه جعلا؟ قال: قال مالك: أما من كان ذلك شأنه وطلبه وهو عمله فأرى أن يجعل له جعل. قال مالك: وعندنا قوم شأنهم هذا، وفي هذا منافع للناس. وأما من لم يكن ذلك شأنه وإنما وجده فأخذه فإنما له فيه نفقته ولا جعل له... قلت: أرأيت إن كان رجلاً هذا شأنه يطلب الأباق والدواب الضوال والأمتعة ويردها على أربابها، أيكون له في قول مالك شيء؟ قال: لم أسمعه من مالك، وينبغي أن يكون له جعله لأن في ذلك منافع للناس».

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٨١.

وأرى إن لم يكن ذلك شأنه وكان خروجه لأجل هذا العبد والبحث عنه، وصاحبه ممن لا يتكلف طلبه بنفسه ولا يستغنى عن أن يجعل لمن يطلبه، أن يكون عليه الأقل من جعل هذا أو جعل من كان يخرجه لطلبه.




باب
فيما يُلْتَقَط من أموال أهل الجاهلية

وقال ابن القاسم فيما أصيب من أموال أهل الجاهلية على وجه الأرض: فيه الخمس. وكذلك التماثيل يقذفها البحر ويعلم أنها من أموال أهل الجاهلية ففيها الخمس، وإن غُسل تراب على ساحل البحر فخرج منه الذهب كان كالمعدن فيه الزكاة[1].

فأما ما أصيب من أموال الجاهلية في فيافي أو بلد عفا ثم اختطه المسلمون فهو لواجده، وفيه الخمس[2].

ويفترق الجواب فيما يوجد في أرض عنوة أو صلح، وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة.

وأما ما يخرج من التراب إذا غسل؛ فإن كان ذلك معدنه كان فيه الزكاة، وإن كان من بقية أموال الجاهلية وكان ما/ يتكلف من غسله يسيراً كان فيه الخمس، واختلف عن مالك إذا كثرت مؤنته هل يخمس، وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة، وإن كان من أموال المسلمين كان له حكم اللقطة، وإن كان شيئاً تأتي به السيول عن معادن الذهب صح أن يقال: فيه الزكاة، وأن يقال هو فائدة بخلاف ما أخذ من معدن يملكه.

(ف) ١٥/أ

وقد قال مالك في الزيتون الجبلي يرفع منه خمسة أوسق: هو فائدة[3] ولا

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٦.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٣٣٩.

(٣) قوله: (بخلاف ما أخذ من معدن يملكه... هو فائدة) ساقط من (ف).

زكاة فيه إلا أن يكون عمره بالعمل والحرث وتملكه قبل ذلك[١].

وقد اختلف الناس في زكاة المعادن؛ فقال غير واحد: هو فائدة، وهو فيما تقدم ذكره أبين أن يكون فائدة.

فصل

[في العبد يلتقط اللقطة]

وإذا التقط العبد اللقطة عرفها، وليس لسيده منعه؛ لأن التعريف يصح منه في حين تصرفه لسيده، ولا يقطعه ذلك عن تصرفه لسيده[٢]، ولسيده أن ينتزعها ويوقفها على يدي عدل لئلا يحلف عليها إن تلفت أو يتصرف فيها العبد، وإن كان غير مأمون كان أبين أن توقف على يدي عدل.

وقال مالك في العبد يلتقط اللقطة فيستهلكها قبل السنة: فهي في رقبته، وإن استهلكها بعد السنة كانت في ذمته[٣]. فجعلها قبل السنة جناية في الرقبة؛ لأن صاحبها لم يضع يده عليها، وبعد السنة في ذمته؛ لقول النبي ﷺ بعد السنة: «**استنفقها**».

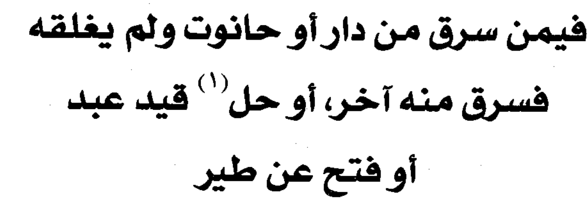
(١) انظر: النوادر والزيادات: ٢/ ٢٦٥.

(٢) قوله: (تصرفه لسيده) يقابله في (ف): (سعيه).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٥.

باب





فيمن سرق من دار أو حانوت ولم يغلقه فسرق منه آخر، أو حل[(١)] قيد عبد أو فتح عن طير

ومن سرق من دار غير مسكونة أو من حانوت وتركه مفتوحاً ثم سرق من ذلك آخر ضمن الأول سرقة الثاني، وإن أعاد غلقه لم يضمن، فإذا كانت الدار مسكونة لم يضمن وإن تركها مفتوحة وإن كان أهلها نياما، هذا قول مالك[(٢)].

وكذلك إن كانت دواب فتح عليها فذهبت، فإن كان الموضع غير مسكون ضمن، وإن كان مسكوناً لم يضمن[(٣)]، وقال أشهب في مدونته: إن كانت مربوطة لم يضمن، وإن كانت مسرحة ضمن وإن كان فيها أهلها؛ لأنها تبادر للخروج.

وأرى أن يضمن وإن كانت مربوطة، وليس يكلها أربابها إلى الرباط وحده، وتحفظهم بالباب أشد، وهذا إذا خرجت بنفسها، وكذلك إن سرقت أو كانت ثياباً فسرقها آخر فأرى أن يضمن الأول.

وإن حل قيد عبد أو فتح عن طير فذهب ضمن، وسواء كان العبد في دار

---

(١) في (ف): (فتح).

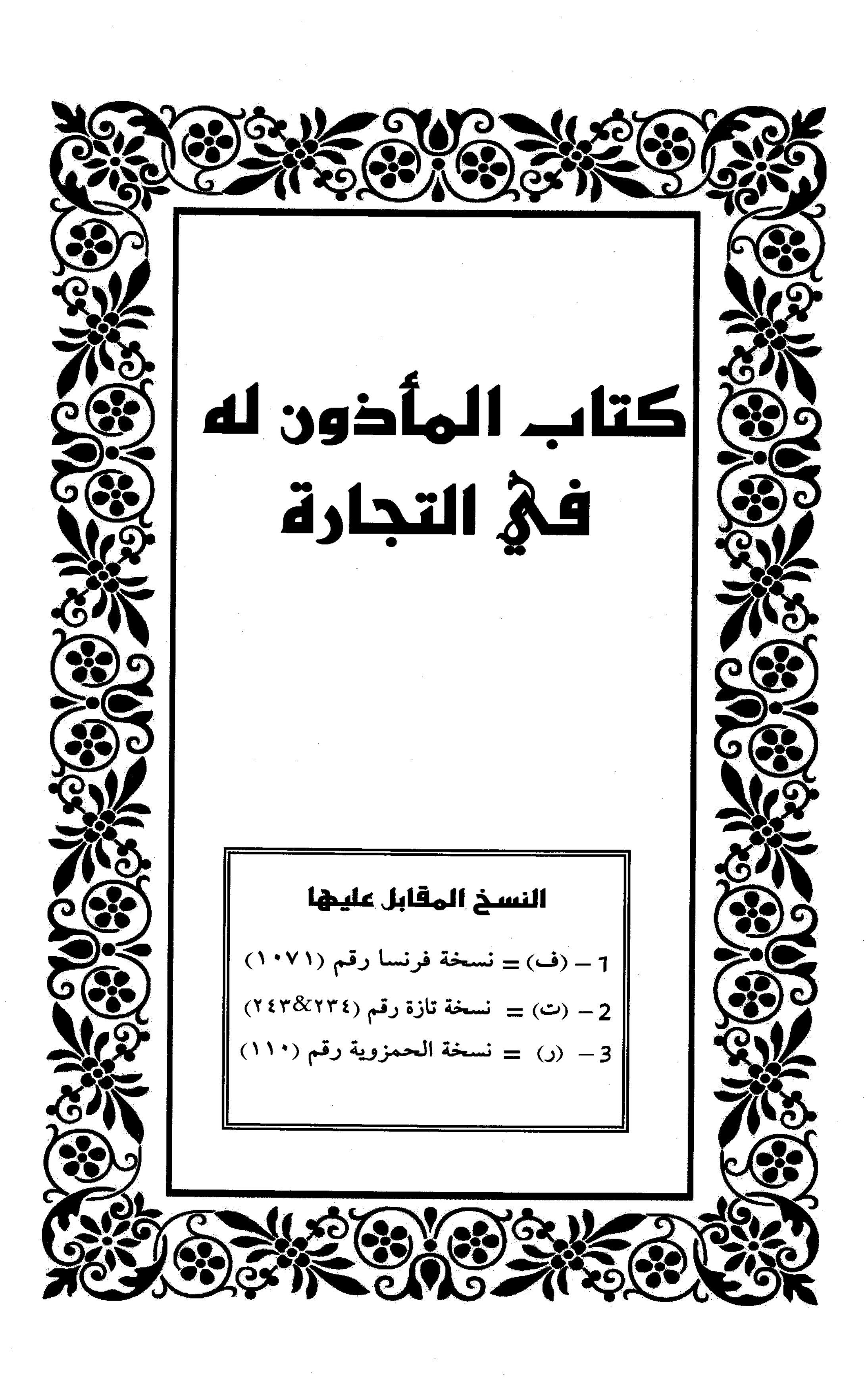
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٩، ٤٦٠.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٥٩.

مع أهله أم لا؛ لأن العبد إنما يتوثق منه بالقيد ليس بالباب، وإن أمره أن يجعل طيراً في قفص ويغلق عليه فنسي أن يغلق عليه لم يضمن، وإن تعمد ضمن[1]، وبالله التوفيق.

تم كتاب اللقطة والآبق والضوال،
والحمد لله حق حمده

(١) قوله: (وإن أمره أن يجعل طيرا في قفص... ضمن) زيادة من (ق٦).



كتاب المأذون له في التجارة

النسخ المقابل عليها

1 – (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

2 – (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٤&٢٤٣)

3 – (ر) = نسخة الحمزوية رقم (١١٠)

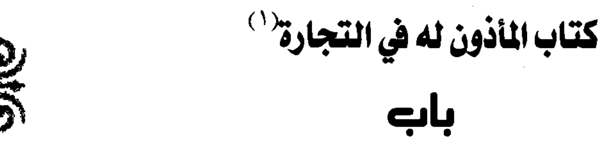


بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً



كتاب المأذون له في التجارة(١)



باب

في تجارة العبد وإجارته، وإذا أخذ مالاً(٢) قراضاً أو أعطاه

العبد والمدبر والمعتق إلى أجل وأم الولد على الحجر في البيع والشراء والإجارة حتى يأذن السيد، وكذلك(٣) المعتق بعضه في يوم سيده على الحجر(٤) حتى يأذن له(٥) السيد(٦) وفي يومه(٧) كالحر يبيع ويشتري ويؤاجر نفسه إذا كان ذلك المال يخصّه دون من له فيه رق(٨)؛ لأنه صار إليه بالمقاسمة مع من له فيه رق(٩)؛ ولأنه صار إليه بالمقاسمة مع من له فيه الرق(١٠) أو اكتسبه في الأيام

---

(١) قلت: خالفت نسخة (ف) ترتيب كتاب المأذون له في التجارة فلم تجعله قبل كتاب المديان.

(٢) قوله: (مالاً) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (كذلك) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (على الحجر) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٦) قوله: (السيد) ساقط من (ف).

(٧) في (ر): (حرمه).

(٨) قوله: (من له فيه رق) يقابله في (ف): (سيده).

(٩) قوله: (من له فيه رق) يقابله في (ف): (سيده).

(١٠) قوله: (من له فيه الرق) يقابله في (ف): (سيده).

(ف)
١٥/ب

التي تخصه فله أن يشتري بالنقد، ولا بأس[١] أن يبيع/ إلى أجل؛ لأنه ماله لا اعتراض عليه[٢] للسيد فيه[٣]، وهو في النكاح والهبات والأسفار على الحجر حتى يأذن له السيد والمكاتب على الإطلاق في البيع والشراء والإجارة بنفس الكتابة، وفي النكاح والهبات والصدقة[٤] على الحجر، وفي التسري[٥] على الإطلاق إذا كان يبقى في يديه بعد ما يتسرى[٦] به ما لا يضر بكتابته[٧].

واختلف في سفره هل هو فيه على الحجر أم لا؟ وأرى أن ينظر فيه[٨] إلى حال المكاتب وإلى[٩] الموضع الذي يسافر إليه فإن كان مثل ذلك العبد لا يخشى تغيبه والموضع الذي يسافر إليه[١٠] قريب يرجع منه قبل أن يحل أول نجم لم يمنع[١١] وإن كان الأمر على غير ذلك منع[١٢].

---

(١) قوله: (ولا بأس) يقابله في (ف): (وله).

(٢) قوله: (عليه) زيادة من (ت).

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (والصدقة) ساقط من (ف)، وفي (ت): الصدقات.

(٥) قوله: (التسري) يقابله في (ت): (الشراء).

(٦) قوله: (يتسرى) يقابله في (ت): (يشتري).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٤٧٢.

(٨) قوله: (فيه) زيادة من (ت).

(٩) قوله: (إلى) ساقط من (ف).

(١٠) قوله: (فإن كان مثل ذلك العبد لا يخشى تغيبه والموضع الذي يسافر إليه) زيادة من (ف).

(١١) انظر: المدونة: ٢/ ٤٧١، المعونة: ٢/ ٣٨٩، والإشراف: ٤/ ١٨٧٩.

(١٢) قوله: (وإن كان الأمر على غير ذلك منع) يقابله في (ر): (وإن كان يخشى مغيبه أو يحل ذلك النجم قبل رجوعه منع من السفر إذا كانت نجومه مشاهرة، ولو كانت كل سنة لمنعه أن يغيب عنه ذلك القدر).

فصل

[في وجوه إذن السيد لعبده في التجارة وغيرها]

إذن السيد لعبده على سبعة أوجه:

إما أن يأذن له في التجارة جملة أو يخص صِنْفاً بعينه أو الشراء[١] يبيحه جميع التجارات إلا صِنْفاً بعينه أو يأذن له[٢] في الإجارة جملة أو يخص صِنْفاً[٣] بعينه أو يبيحه جَميع الأعمال إلا صِنْفاً بعينه أو يبيحه[٤] جميع التجارة والإجارة[٥] وأي ذلك أذن له[٦] فيه جاز، ولا يجوز للعبد أن يجاوز ما قصره عليه سيده[٧] فإن فعل وتعدى إلى ما لا يشبه ما أذن له فيه مثل أن يأذن له في التجارة فأجر نفسه أو في الإجارة[٨] فتجر أو أجلسه بزازاً فتجر[٩] في العطر أو حائكاً فأجر نفسه في الخياطة أو في القصارة، لم يلزمه ذلك[١٠]، ولم يتعلق ذلك[١١] بالمال الذي بيده منه

(١) قوله: (الشراء) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (صِنْفاً) يقابله في (ف): (نوعاً).

(٤) قوله: (جَميع الأعمال إلا صِنْفاً بعينه أو يبيحه) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (التجارة والإجارة) يقابله في (ف): (التجارات والإجارات).

(٦) قوله: (أذن له) يقابله في (ت): (فعل وأذن).

(٧) قوله: (سيده) زيادة من (ت).

(٨) قوله: (الإجارة) يقابله في (ت): (التجارة).

(٩) قوله: (أو أجلسه بزازاً فتجر) ساقط من (ر).

(١٠) قوله: (ذلك) ساقط من (ف).

(١١) قوله: (ذلك) زيادة من (ف).

شيء[١]، وكان أمره فيه على أحكام التعدي إذا شاركه إذن مَن تعدى عليه فاختلف فيه[٢] هل يكون في ذمته ويتبع به يوماً ما أو يكون[٣] جناية في رقبته.

واختلف إذا أشكل الأمر على من يداينه أو يعامله[٤]: هل ذلك من الجنس المأذون له فيه مثل أن يأذن له في صنف[٥] من البز فاشترى من غير الصنف الذي أذن له فيه أو في البيع والشراء بالنقد فباع واشترى بالنسيئة أو في صنف من الخياطة فأجر نفسه في الخياطة في الصنف الذي حجر عليه فيه[٦]، هل يلزمه ذلك في المال الذي في يديه أم لا؟

وهذا مع الفوت، وأما مع القيام فلا خلاف أن للسيد ردّ ذلك. وقال ابن القاسم في المدونة: إذا أذن له في نوع من التجارة فتجر في غيره؛ لزمه، قال: وهذا أقعده للتجارة ولا يدري الناس[٧] بأي أنواع التجارة[٨] أقعده[٩]. ورأى أنه غرَّ الناس بذلك الإذن، وقال في من دفع قراضاً لحر على أن يتجر في صنف فتجر في غيره: كان متعدياً[١٠]، ولا تتعلق تلك المعاملة بالمال الذي في يديه،

---

(١) قوله: (منه شيء) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (فيه) ساقط من (ف).

(٣) قوله: (يكون) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (أو يعامله) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (صنف) يقابله في (ف): (جنس).

(٦) قوله: (فيه) زيادة من (ف).

(٧) قوله: (الناس) زيادة من (ف).

(٨) قوله: (أنواع التجارة) يقابله في (ت): (نوع).

(٩) انظر المدونة ٤/ ٨٨.

(١٠) انظر المدونة ٣/ ٦٥٢.

ويلزم على هذا ألا يلزم السيد معاملة العبد في غير الصنف الذي أذن له فيه، ولا يؤخذ من المال الذي في يديه.

وقال في العتبية: إذا أمر عبده أن يبيع ويشتري بالنقد فعامل بالنسيئة؛ لزمه ذلك في المال الذي في يديه، وكان الغرماء أحق به، وإن لم تكن أموالهم بعينها[١] وأبى ذلك سحنون، واستشهد بمسألة القراض[٢]، وقول ابن القاسم أحسن[٣]، وأرى إذا[٤] كان مثل ذلك[٥] العبد لا يقف عما أذن له فيه السيد أن يلزمه ما أدخل فيه نفسه[٦]؛ لأن السيد غر الناس بإذنه ذلك، وإن كان يرى أنه لا يخالف ما حدّ له ويقف عنده[٧] فكان في الباطن خلاف ذلك، كان قول[٨] سحنون حسناً[٩] فإن هلك ذلك المبيع أو نقص من غير سبب العبد لم يلزمه، وكذلك[١٠] إن هلك من سببه، ولم يصون به ماله لم يتعلق بالمال الذي في يديه، فإن كان من سببه وصون به ماله كان في ماله[١١] الأقل من الثمن أو القيمة، وإن باع العبد ذلك الشيء[١٢] الذي اشتراه تعدياً[١٣] / وكان الثمن موجوداً

(ف) ١٦/أ

(١) انظر البيان والتحصيل ١٠/ ٤٩٥.

(٢) انظر النوادر والزيادات ١٠/ ٩٠، والبيان والتحصيل: ١٠/ ٤٩٥.

(٣) قوله: (وقول ابن القاسم أحسن) ساقط من (ر).

(٤) قوله: (وأرى ذلك) يقابله في (ف): (وأرى ذلك)، وفي (ف): (إذا).

(٥) قوله: (مثل ذلك) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (أن يلزمه ما أدخل فيه نفسه) ساقط من (ف).

(٧) في (ت) و(ر): (عنه).

(٨) قوله: (خلاف ذلك كان قول) يقابله في (ف): (على خلافه، فقول).

(٩) في (ت): (أحسن).

(١٠) قوله: (كذلك) ساقط من (ر).

(١١) قوله: (في ماله) يقابله في (ف): (عليه).

(١٢) قوله: (الشيء) ساقط من (ف).

(١٣) قوله: (اشتراه تعدياً) يقابله في (ف): (تعدى في شرائه).

كان عليه الأقل من ثلاث[1] أوجه:[2] من الثمن الأول أو الثاني أو القيمة، وإن ضاع ذلك الثمن، لم يلزمه الغرم من المال الذي في يديه وبيعه وشراؤه بالنسيئة مفترق، فإن باع وتغير سوق ذلك المبيع، كان السيد بالخيار فإن شاء أجاز، وإن شاء رد وأخذه على نقصه، وإن تلف أو تغير من غير سبب المشتري لم يكن له سوى[3] الإجازة أو أخذ ذلك على نقصه، وإن كان ذلك من سببه؛ لبس أو أكل كان السيد بالخيار بين أن يجيز أو يأخذ القيمة نقداً، وإن لم ينظر في ذلك حتى حل[4] الأجل كان له أخذ الثمن، وإن اشترى بالنسيئة، وكان قائماً كان للسيد أن يقبل ذلك[5] بالثمن أو يرد، وإن هلك من غير سبب العبد كانت المصيبة[6] من البائع، ويرجع السيد بالثمن إن كان قبضه بعد حلوله، وإن حدث به عيب من غير سبب العبد رده السيد، واسترجع الثمن، وإن كان من سببه كان للسيد أن يرد، ويختلف: هل يغرم العبد ذلك النقص أو تكون جناية في رقبته[7]، وللسيد أن يقبله بالأقل من الثمن أو القيمة إلا أن يرضى البائع أن يأخذه معيباً[8] ويتبع[9] العبد بالعيب[10] حسب ما تقدم، وإن صون به ماله أنه لبس أو أكل كان عليه الأقل من القيمة أو الثمن إلا أن

---

(١) قوله: (من ثلاث) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (أوجه) زيادة من (ت).

(٣) قوله: (سوى) يقابله في (ف): (إلا).

(٤) قوله: (حل) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (يقبل ذلك) يقابله في (ف): (يقبله).

(٦) قوله: (كانت المصيبة) يقابله في (ف): (كان).

(٧) في (ت): (ذمته).

(٨) قوله: (معيباً) ساقط من (ر).

(٩) في (ف): ويبيع.

(١٠) قوله: (بالعيب) ساقط من (ف).

يكون ذلك[١] مما يكال ولا يرضى البائع بالقيمة، فيكون له أن يرجع بالمثل على العبد أو السيد؛ لأن طعامه مما يلزم السيد، وكذلك كسوته[٢].

فصل

[في قراض المأذون له في التجارة]

واختلف إذا أذن له في التجارة وأخذ قراضاً أو أعطاه[٣] فأجاز ذلك[٤] ابن القاسم[٥] ومنعه أشهب، وقال: لأنه إن أخذ قراضاً كان قد أجر نفسه، وإنما أذن[٦] له في التجارة وإن أعطى قراضاً كان قد أودع المال.

وأرى أن يمنع[٧] من الإعطاء لأن مفهوم الإذن في التجارة أن يتجر بنفسه، وليس أن يترك العمل ويجعل العمل فيه لغيره، إلا أن يكون المال كثيراً أو يعلم أن مثله يبضع ويقارض فيجوز في بعضه حسب المعتاد لا في جميعه ويمنع أن يأخذ مالا[٨] يعمل فيه للناس ويدع المال الذي أذن له فيه وليس له أن يأخذ زيادة إلى ما في يديه كما ليس له أن يتجر في مائتين إذا أعطاه سيده مائة

---

(١) قوله: (ذلك) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (وكذلك كسوته) ساقط من (ر)، وفي (ف): وكسوته.

(٣) قوله: (أو أعطاه) ساقط من (ت).

(٤) قوله: (فأجاز ذلك) يقابله في (ف): (فأجازه).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٦٤٤، ونص المدونة: (قال: قال مالك: لا بأس أن يأخذ العبد المأذون له في التجارة المال قراضا. ولم أسمع منه في أن يعطي هو المال قراضا شيئا، ولا بأس به أيضا عندي؛ لأنه يبيع بالدين ويشتري).

(٦) قوله: (أذن) ساقط من (ر).

(٧) قوله: (وأرى أن يمنع) يقابله في (ر): (منع).

(٨) في (ف): (قراضاً).

إلا أن يكون أذن السيد في غير مال دفعه إليه[١] فيعلم أن تجره يكون من قراض أو بضاعة أو ما أشبه ذلك.

فصل

[في العبد الغير المأمون له يأذن له سيده]

ولا ينبغي للسيد أن يأذن لعبده في التجارة إذا كان غير مأمونٍ فيما يتولاه؛ إما[٢] لأنه يعمل بالربا أو خائن في معاملته[٣] أو ما أشبه[٤] ذلك. فإن تجر وربح وكان يعمل بالربا تصدق بالفضل فإن كان يجهل ما يدخل عليه من الفساد في تجره[٥] ذلك استحسن له[٦] الصدقة بالربح من غير جبر.

قال مالك: ولا يستأجر[٧] الرجل[٨] عبده النصراني ولا يأمره أن يبيع له[٩] شيئاً لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١][١٠].

قال الشيخ: فإن أذن له في التجارة[١١] فتجر مع المسلمين كان الحكم فيما أتى[١٢] به على ما تقدم في العبد المسلم.

---

(١) قوله: (السيد في غير مال دفعه إليه) يقابله في (ف): (له في التجارة، ولا مال في يديه لنفسه).

(٢) قوله: (إما) زيادة من (ف).

(٣) في (ت): (تجارته).

(٤) قوله: (ما أشبه) يقابله في (ف): (غير).

(٥) في (ر): (حجره)، وفي (ف): (بيعه).

(٦) قوله: (له) ساقط من (ف).

(٧) قوله: (يستأجر) يقابله في (ت): (يستحقن)، وفي المدونة: (يستتجر) ولعله الأصوب.

(٨) قوله: (الرجل) ساقط من (ر).

(٩) قوله: (له) ساقط من (ف).

(١٠) انظر المدونة ٣/ ٩٩، ٤/ ٩٤.

(١١) قوله: (في التجارة) ساقط من (ف).

(١٢) في (ف): (أربى).

واختلف إذا كان تجره[1] مع أهل دينه فأربى وكان تجره[2] في الخمر فعلى القول أنهم مخاطبون بفروع الإسلام[3] يكون الجواب فيهم[4] على ما تقدم إذا كانت مبايعتهم تلك مع المسلمين[5] وعلى القول أنهم غير مخاطبين إلا بعد تقدم الإسلام يسوغ للسيد ما أتى به من ذلك، وقد كان لابن عمر عبدٌ[6] نصراني يبيع الخمر فمات فورثه[7]، وهذا إذا كان يتجر[8] لنفسه، وإن كان تجره[9] لسيده لم يجز شيء من ذلك وكان بمنزلة ما لو/ كان السيد تولى ذلك[10] البيع؛ لأنه وكيلٌ له، وإذا[11] كان عبد بين رجلين لم يكن لأحدهما أن يأذن له في تجارة أو إجارة من غير مراضاة لشريكه بذلك[12]؛ لأن ذلك يؤدي إلى تلف ما في يديه إن خسر أو يلزم ذمته ديناً[13] وذلك عيب فيه، ولهما أن يقتسما ماله إذا تراضيا بذلك[14] فإن اختلفا كان القول قول من دعا

(ف) ١٦/ب

---

(١) قوله: (كان تجره) يقابله في (ف): (تجر).

(٢) قوله: (وكان تجره) يقابله في (ف): (أو تجر).

(٣) قوله: (الإسلام) يقابله في (ف): (الشرع).

(٤) قوله: (فيهم) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (كانت مبايعتهم تلك مع المسلمين) يقابله في (ف): (باع مسلماً).

(٦) قوله: (عبدٌ) ساقط من (ف).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٥٩٩.

(٨) في (ف): (تجره).

(٩) في (ر): (يتجر).

(١٠) قوله: (تولى ذلك) يقابله في (ت): (يولي ذلك)، وفي (ف): (المتولي لذلك).

(١١) في (ر): وإنما.

(١٢) قوله: (بذلك) زيادة من (ت).

(١٣) في (ر): (دينٌ).

(١٤) قوله: (بذلك) زيادة من (ر).

إلى بقائه[١].

قال مالك: لأن ذلك يكسد ثمن العبد[٢]، يريد: إذا كان بقاء المال يزيد في ثمنه أكثر من ذلك المال[٣]، وإن كان[٤] الذي يزيد في ثمنه مثل الذي في يديه مثل أن يكون ثمنه خمسين ديناراً وماله خمسون ديناراً[٥] فإن بيع بماله بيع بمائة أو تسعين فيكون القول قول من دعا إلى قسمة ذلك المال[٦]؛ لأنه يكسد ثمنه.

---

(١) قوله: (كان القول قول من دعا إلى بقائه) يقابله في (ف): (لم يقسم).

(٢) انظر المدونة: ٤/ ٩٤.

(٣) قوله: (المال) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (كان) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (ديناراً) زيادة من (ر).

(٦) قوله: (ذلك المال) يقابله في (ف): ماله.

باب



في هبات المأذون له في التجارة وصدقته[1] وتأخيره بالدين



ولا يجوز للمأذون له في التجارة أن يتصرف في ذلك المال في وجه لا يرجى فيه[2] فضل كالهبة والصدقة والعارية والسلف والتأخير بالدين والوضيعة منه؛ لأنه معروف وخارج عن التنمية[3] إلا أن تكون الهبة والصدقة الشيء اليسير، وما يعلم من السادات أو من هذا السيد أنه لا يكرهه أو يعير ما العادة أن العبيد يعيرونه كعارية الماعون[4] وشبهه[5]، وقال مالك: إذا دعا إلى طعامه أو أراد أن يعق عن ولده لم يكن ذلك له إلا أن يكون ليجتر[6] به منفعة في بيعه وشرائه، أو يعلم أن سيده لا يكره ذلك[7]، ويجوز من التأخير والوضيعة ما يراد بمثله[8] الاستيلاف للتجارة ما لم يبعد[9] في الأجل أو يكثر[10] في الوضيعة فيرد جميعها، وإذا كان الحكم في الصدقة والهبة الرد نظرت فإن كانت معينة كان رد السيد إسقاطاً لها وللعقد[11] قبضت أو لم

---

(١) قوله: (في التجارة وصدقته) ساقط من (ف).

(٢) في (ف): (له).

(٣) في (ف): (التسمية).

(٤) في (ف): (كالماعون).

(٥) في (ت): (وغيره).

(٦) في (ر): (ليجر).

(٧) انظر المدونة: ٤/ ٨٩.

(٨) في (ف): (به).

(٩) في (ت): (ينعقد)، وفي (ف): (أبعد).

(١٠) قوله: (يكثر) يقابله في (ف): (أضر).

(١١) في (ف): (وللعبد).

تقبض وليس رد السيد انتزاعا لها فإن أعتق العبد كانت له، وسواء كانت في يديه أو في يد المتصدق عليه قائمة أو مستهلكة فالقيمة للعبد، ، وإن كانت غير معينة فقال لك في مالي أو ذمتي مائة دينار كان للسيد رد عقده عند ابن القاسم، وليس ذلك له[١] عند أشهب، وإن لم يعلم السيد حتى قبض الموهوب له تلك المائة كان له ردها قولاً واحداً، ويبقى العقد[٢] على حاله، وليس رد المقبوض رداً للعقد[٣] لأن عقد الهبة لم يكن ذلك العين المقبوض، فإن رد العقد كان على الخلاف المتقدم هو رد[٤] عند ابن القاسم وليس برد عند أشهب؛ وهو أحسن، لأن بقاء العقد لا يضر بالسيد في مال العبد ولا في ثمنه أن يبيع؛ لأنه لا يؤخذ من ماله[٥] إلا بعد عتقه، وإذا لم ترجع الصدقة أو الهبة إلى[٦] العبد حتى أعتق لم يكن له أن يرتجعها[٧]؛ لأنه مطالب بالعقد، وأن يغرم مثلها بخلاف أن تكون الصدقة معينة إلا أن يفلس العبد المعتق[٨] فيكون غرماؤه أحقَّ بها لأن مطالبة المتصدق عليه إنما هو بعقد على ما في الذمة، وهي صدقة لم تقبض، والذي كان قبضه قد ردّ السيد فعله فيه، وبقى[٩] على ملك العبد فكان غرماؤه أحقَّ به.

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ر).

(٢) في (ر): (العبد).

(٣) في (ت): (ردَ العقد).

(٤) قوله: (فإن رد العقد كان على الخلاف المتقدم هو رد) يقابله في (ف): (فإذا رد العقد صح رده).

(٥) قوله: (من ماله) ساقط من (ف).

(٦) في (ر): (أو).

(٧) في (ت): (يرتجعهما).

(٨) قوله: (العبد المعتق) يقابله في (ر): (المتعتق).

(٩) في (ف): (وهي).

فصل

[في تسري المأذون له في التجارة]

وأجاز مالك للمأذون له[١] التسري في ماله[٢]، ومحمل ذلك على أنه العادة عندهم؛ لأنه لا يختلف أنه لا يستبيح ذلك بمجرد الإذن في التجارة؛ لأنه ليس مما يتضمنه الاسم[٣] ولا داخل في معناه، ولأن في[٤] ذلك إشغالاً لبعض المال في غير الوجه الذي أذن له فيه، وهي التجارة، وقد يؤدي ذلك إلى إضعاف تجارته أو تهلك الجارية أو يخسر فيها، وإن كان تجره لسيده لم يجز أن يشتري[٥] منه، وإن أذن له السيد؛ لأنه وكيل في ذلك المال، والإذن تحليل وليس هو في ذلك بمنزلة تجره[٦] لنفسه، وقال مالك في كتاب محمد في العبد في يديه مال لسيده[٧] فأذن له أن يشتري[٨] منه جارية لنفسه لصيبها[٩] لم يصلح ذلك[١٠] إلا أن يهبه ذلك المال قبل أو يسلفه[١١] إياه[١٢].

(ف) ١٧/أ

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ر).

(٢) النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٨.

(٣) قوله: (الاسم) يقابله في (ف): (اسم التجارة).

(٤) قوله: (في) ساقط من (ف).

(٥) في (ف): (يتسرى).

(٦) قوله: (تجره) يقابله في (ت): (من تجر).

(٧) في (ف): (السيد).

(٨) في (ف): (يتسرى).

(٩) في (ف): (ليضمها).

(١٠) قوله: (ذلك) ساقط من (ف).

(١١) في (ت) و(ر): (أن يسلفه)، وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٨، وعزاه لمالك في المختصر.

(١٢) في (ف): (أياماً).

باب



في العبد يودع الوديعة فيتعدى فيها وإذا أرهن[١] سيده رهنا بما يتدين به[٢]

واختلف في العبد يتعدى على الوديعة تكون[٣] عنده ولا مال له هل تكون في ذمته أو في[٤] رقبته؟ وإذا كانت في ذمته هل لسيده أن يسقطها[٥]؛ فقال ابن القاسم: للسيد أن يسقطها من ذمته إن كان محجوراً عليه، وليس ذلك له إذا كان مأذونا له[٦]، وقال أشهب في مدونته: إن كان العبد[٧] ممن يستودع[٨] مثله كالعبد الفاره كانت في ذمته، وإن لم يكن مأذوناً، وإن لم يكن ممن[٩] يستودع مثله[١٠] فلا شيء عليه رد ذلك السيد أو لم يرد حتى يلي نفسه بالعتق[١١] قال[١٢]: وكذلك إذا كان مأذوناً له وهو وغد تبطل عنه إذا أتلفها يريد ما لم يل[١٣] نفسه.

---

(١) في (ر): (رهن).

(٢) قوله: (بما يتدين به) يقابله في (ف): (بما يشتريه منه).

(٣) قوله: (الوديعة تكون) يقابله في (ف): (وديعة).

(٤) قوله: (في) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (لسيده أن يسقطها) يقابله في (ف): (يسقطها السيد).

(٦) انظر المدونة: ٤/ ٨٩.

(٧) قوله: (العبد) ساقط من (ف).

(٨) في (ف): (يودع).

(٩) قوله: (لم يكن ممن) يقابله في (ف): (كان ممن لا).

(١٠) قوله: (مثله) ساقط من (ر).

(١١) انظر النوادر والزيادات ١٠/ ٤٤٨.

(١٢) قوله: (قال) ساقط من (ر).

(١٣) قوله: (يلي) ساقط من (ر).

وقال يحيى بن عمر: هي جناية في الرقبة[١].

وقال مالك في العبد يبعث معه البعير فيأتي به منحوراً ويقول[٢] خفت عليه الموت فنحرته[٣]؛ قال: هي جناية في رقبته[٤]، وقال ابن القاسم في العتبية[٥] في العبد يأتي القوم فيستعيرهم حليا ويزعم أن أهله بعثوه فيتلف ذلك[٦] وينكر سيده أن يكون بعثه كانت[٧] جناية في رقبته[٨]؛ لأنه خدع القوم، وقال أيضا يكون[٩] في ذمته.

قال الشيخ: وأرى إن كانت الوديعة[١٠] عيناً والعبد مؤسراً فهي في الذمة[١١]؛ لأنه قد كان له أن يتسلفها على أحد الأقوال، وإن كان معسراً أو كانت الوديعة عرضاً حسن الاختلاف هل تكون في الذمة أو في الرقبة وأن تكون[١٢] في الذمة أحسن؛ لأن المالك وضع يده مع إمكان أن يفعل ذلك، وكذلك الذي بعث معه بالبعير، وأما الذي ادعى الرسالة فهو متعد من أول ما وضع يده بإقرار سيده عليه[١٣] أنه تعدى وخدع من سلم ذلك إليه[١٤]، ولو قال: أرسلني فلان لغير سيده فأنكر فلان أن يكون أرسله لم

---

(١) قوله: (الرقبة) يقابله في (ف): (رقبته إذا كان مأذوناً له).

(٢) في (ت) و(ر): (وقال).

(٣) قوله: (فنحرته) ساقط من (ف).

(٤) انظر البيان والتحصيل: ٨/ ١٣٣.

(٥) قوله: (في العتبية) زيادة من (ف).

(٦) قوله: (ذلك) يقابله في (ف): (الحلي).

(٧) قوله: (كانت) يقابله في (ف): (فهي).

(٨) انظر النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٦٠.

(٩) قوله: (يكون) ساقط من (ر).

(١٠) قوله: (وأرى إن كانت الوديعة) يقابله في (ر): (أما الوديعة إن كانت).

(١١) قوله: (فهي في الذمة) يقابله في (ف): (أن يكون في ذمته).

(١٢) قوله: (أن تكون) ساقط من (ف).

(١٣) قوله: (عليه) ساقط من (ف).

(١٤) قوله: (وخدع من سلم ذلك إليه) يقابله في (ف): وإن لم يرسله.

يكن في رقبته لإمكان أن يكون العبد صادقاً[١] وليس كإقرار سيده عليه، ولأن إنكار السيد أنه لم يرسله؛ إقرار منه على نفسه أن عبده جنى وأرى أن يسأل العبد عن الوديعة. فإن قال: هلكت، كان القول قوله مع يمينه[٢] وبرئ[٣]، وإن[٤] قال: خلطتها بمالي وهو مأذون له ضرب بها صاحبها مع الغرماء، وإن لم يكن عليه غرماء وكان يتجر لسيده بدِّي صاحب الوديعة على سيده، وإن قال: أنفقتها أخذ عوضها مما في يديه. وإن علم أنه أنفقها في شيء[٥] لم يصون به ماله، وكان تجره لسيده لم تؤخذ من ذلك المال، وإن كان تجره لنفسه أخذت من ماله[٦].

فصل

[في مبايعة السيد عبده المأذون له في التجارة]

وللسيد أن يبايع[٧] عبده المأذون له في التجارة، فإن فلس ضرب بها داينه به مع الغرماء[٨] إذا لم يحابه[٩]، وكان تجره لنفسه[١٠] وإن كان في البيع محاباة

---

(١) قوله: (صادقاً) يقابله في (ت): (قد صدق).

(٢) قوله: (كان القول قوله مع يمينه) يقابله في (ف): (حلف).

(٣) في (ت): (ويبرأ).

(٤) قوله: (إن) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (في شيء) يقابله في (ف): فيما.

(٦) قوله: (من ماله) يقابله في (ف): منه.

(٧) في (ت): يباع.

(٨) قوله: (مع الغرماء) ساقط من (ف).

(٩) انظر المدونة: ٣/ ٢٥٠، ٤/ ٨٧ و٩١.

(١٠) في (ف): له.

ضرب بها قابل الصحة، وقيل: لا يضرب بشيء، والأول أحسن.

واختلف إذا أخذ منه بذلك الدين[١] رهناً، فقيل: ليس برهن وهو أسوة[٢] وقيل: يكون جميعه رهناً بقدر الصحة، وتكون المحاباة كالقضاء لبعض الدين أنه لا يسقط من الرهن بقدره[٣] فقيل: يكون مفضوضاً[٤] فيثبت من الرهن[٥] ما قابل الصحة ويسقط ما قابل المحاباة[٦] وهو أبين، وإن كان تجر العبد لسيده لم تصح مبايعة السيد له فيه[٧]؛ لأن كل ذلك مال[٨] للسيد[٩] ولم يضرب بها داينه به مع الغرماء.

---

(١) قوله: (الدين) ساقط من (ف).

(٢) البيان والتحصيل: ١١/ ١٢.

(٣) قوله: (وتكون المحاباة... بقدره) ساقط من (ف). وانظر المدونة: ٤/ ٩١.

(٤) في (ف): مقضوضاً.

(٥) قوله: (من الرهن) زيادة من (ف).

(٦) انظر البيان والتحصيل: ١٠/ ٣٥١.

(٧) قوله: (له فيه) ساقط من (ت)، وفي (ف): (له)، وانظر: النوادر والزيادات: ٦/ ٣٦١.

(٨) قوله: (مال) ساقط من (ف).

(٩) في (ت): لسيده.




باب
في إقرار العبد قبل الحجر وبعده

(ف) ١٧/ب

/ إقرار العبد المأذون له في التجارة جائز بثلاثة شروط: وهي أن يقر لمن لا يتهم عليه، وقبل أن يحجر عليه سيده، وقبل أن يقوم به[1] غرماؤه، فإذا كان ذلك؛ جاز إقراره في الصحة والمرض، وإن أقر لمن يتهم عليه؛ لم يجز إقراره[2].

والتهمة في إقراره على وجهين: فإن كان لا دين عليه روعيت[3] التهمة في من كان من ناحيته كالولد والوالد والأخ والصديق والزوجة، ومن[4] أشبههم ممن يتهم أن يفر[5] من سيده إليه أو يولجه إليه، وإن كان إقراره و[6] عليه دين وتبين فلسه روعيت التهمة، فيمن كان من ناحيته حسب ما تقدم وفي[7] من كان من[8] ناحية سيده فلا يصح إقراره لسيده ولا لمن[9] هو من سبب السيد[10] كالأب والابن والأخ؛ لأنه يتهم أن يفر[11] عن غرمائه ويولجه إلى مثل هؤلاء إلا أن يكون للمقر له[12] لطخ، وشبهة[13] أنه كان يعامله ويداينه[14] فيجوز إقراره ما لم يأتِ بها لا يشبه أن يعامله بمثله.

واختلف إذا أقر بعد أن حجر عليه سيده بدين لأجنبي، فأجاز ذلك في

---

(١) في (ر): عليه.
(٢) قوله: (إقراره) ساقط من (ف).
(٣) في (ت) و(ر): (رعيت).
(٤) في (ت) و(ر): (وما).
(٥) في (ت) و(ر): (يقر).
(٦) قوله: (إقراره و) ساقط من (ف).
(٧) في (ت) و(ر): (في).
(٨) قوله: (ناحيته حسب... كان من) ساقط من (ت).
(٩) قوله: (لمن) ساقط من (ت).
(١٠) في (ف): سيده.
(١١) في (ت) و(ر): (يقر).
(١٢) قوله: (له) ساقط من (ف).
(١٣) قوله: (وشبهة) ساقط من (ف).
(١٤) قوله: (ويداينه) ساقط من (ف).

المدونة[١]، وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا يجوز إقراره[٢]، وفي كتاب الإقرار الثاني من كتاب محمد أن إقراره بعد الحجر عليه[٣] جائز[٤][٥]، والأول أحسن لأن السيد قد مكنه من الشراء والبيع والعادة أن الناس لا يشهدون على مثل ذلك، ولا يعلم ما عامل الناس به[٦] ولا ما داينهم به، ولا ما عقد لهم من بيع ولا ثمن ما اشتراه إلا من قبله فلو رد إقراره ذهبت أموال الناس وإقراره إذا قام الغرماء بفلسه كإقرار الحر فالموضع الذي يصح فيه إقرار الحر يصح فيه إقرار العبد، والموضع الذي يسقط فيه إقرار الحر يسقط فيه إقرار العبد[٧]، فينظر هل حجر عليه السلطان أو هل ديونه ببينة أو بإقرار حسب ما تقدم في كتاب التفليس[٨].

---

(١) انظر المدونة: ٤/ ٩٣.

(٢) النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٩.

(٣) قوله: (عليه) زيادة من (ت).

(٤) قوله: (وفي كتاب الإقرار الثاني من كتاب محمد ... جائز) ساقط من (ف).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٣٣.

(٦) قوله: (به) ساقط من (ف).

(٧) قوله: (فالموضع الذي يصح فيه إقرار الحر يصح فيه إقرار العبد، والموضع الذي يسقط فيه إقرار الحر يسقط فيه إقرار العبد) يقابله في (ت): (بالموضع الذي يصح فيه إقرار العبد، والموضع الذي يسقط فيه إقرار العبد)، وفي (ف): (فالموضع الذي يصح فيه إقرار العبد).

(٨) تنبيه: كتاب التفليس سيأتي إن شاء الله بعد كتاب الحجر وهو الكتاب الآتي بإذن الله.

فصل[١]

[في إقرار العبد لغير سيده بسلعة بيده]

وإذا أقر العبد في سلعة بيده[٢] أنها لفلان وقال السيد: بل هي[٣] لي أو لعبدي أو قال: لا أعلم لمن أقر له العبد فيها شيئاً[٤] فإن كان العبد مأذوناً له كان القول قول العبد[٥]، وإن كان غير مأذون له[٦] كان القول قول السيد وسواء ادعاها السيد لنفسه أو لعبده[٧] أو قال: لا أعلم لك فيها شيئاً، فإن ادعى من أقر له العبد أن السيد[٨] عالم أنها له حلف السيد أنها له أو لعبده أو أنه لا يعلم له فيها ملكاً[٩].

وأرى إذا قال السيد: لا أعلم له فيها شيئاً وكانت تلك السلعة[١٠] لا تشبه أن تكون من ملك عبده لكثرة ثمنها أو لأنها من صنف لا يشبه كسبه[١١] أن تكون لمن أقر له العبد.

---

(١) قوله: (فصل) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (في سلعة بيده) يقابله في (ر): بسلفة في يديه.

(٣) قوله: (بل هي) يقابله في (ت): (إنها)، وفي (ف): (هي).

(٤) قوله: (شيئاً) ساقط من (ر).

(٥) قوله: (كان القول قول العبد) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (له) ساقط من (ف).

(٧) في (ف): (لغيره).

(٨) قوله: (أن السيد) يقابله في (ف): (أنه).

(٩) قوله: (له أو لعبده أو أنه لا يعلم له فيها ملكاً) ساقط من (ف).

(١٠) زاد في (ت): (مما).

(١١) قوله (كسبه) يقابله في (ر) و(ت): (أن تكون من كسب العبد).

وكذلك إن قال: إنها[1] لعبدي وهو مقر أنه لم يعطه ذلك[2] ولا يشبه أن يكسبه صدق العبد[3]، وأخذ ذلك[4] المقر له، ومثل هذا يعلم عند النزول.

وقال أبو الحسن ابن القصار[5]: وفي كتاب محمد: إذا أقر العبد في دنانير في يديه أنه ملكها وهو في يد البائع من هذا الذي هو في يديه أو قال إنها له لم يقبل قوله، والقول قول من هو في يديه، ولو كانت الدنانير بيد رجل دفعتها إلى العبد[6] وهو في ملك البائع، وقال العبد دفعتها إليه، وأنا في ملك هذا كان القول قول المقر له[7] ولا يقبل قول العبد، وإن أقر أنه زنى أو قذف أو سرق قبل إقراره[8]، وأخذ بذلك، وإن أقر بما يكون جناية في رقبته لم يجز إلا أن يكون لذلك دليلٌ.

قال ابن القاسم: كالذي يأتي متعلقاً به وأصبعه تدمى فيقول: وطئني بدابته، وأقر له الغلام فيقبل إقراره[9].

واختلف إذا أقر لآدمي بما يكون في نفسه من قتل أو قطع.

---

(١) قوله: (وكذلك إن قال: إنها) يقابله في (ت): (ولو قال أيضا ذلك ملك).

(٢) قوله: (وهو مقر أنه لم يعطه ذلك) يقابله في (ت): (أو قال أنا أعطيته ذلك).

(٣) قوله: (أن يكسبه لصدق العبد) يقابله في (ت): (أن يكون من كسب السيد لصدق العبد).

(٤) في (ف): (وأخذها).

(٥) زاد في (ر): (إذا أقر العبد) وهذه الزيادة موجودة في (ت) وبعدها بياض بقدر أربع كلمات.

(٦) في (ت) و(ر): (فقال فيها التي للعبد).

(٧) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٨) قوله: (قبل إقراره) يقابله في (ف): (صدق).

(٩) انظر المدونة: ٤/ ٦٧١.

فقال مالك وابن[1] القاسم: يقبل إقراره[2]، وقال أشهب في كتاب محمد: إذا أقر بالقتل فإن أتى بأمر يعرف مثل أن يرى يتبعه فذلك لازم له، ويحلف ولي القتيل[3] فإن لم يكن إلا قوله فلا يقبل قوله قيل له[4]: فإن أظهر عليه[5]، أو قال قتلته،/ وها هو ذا مقر قال: لا يقبل قوله إلا أن يكون معه ويرى يتبعه[6] ونحو هذا[7].

(ف) ١٨/أ

---

(١) قوله: (مالك و) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (يقبل إقراره) يقابله في (ف): (يصدق). وانظر: المدونة ٤/ ٦٧١.

(٣) في (ف): (المقتول).

(٤) قوله: (فلا يقبل قوله قيل له) يقابله في (ف): (لم يصدق)، وفي (ت): (فلا قول له).

(٥) قوله: (أظهر عليه) يقابله في (ف): (طير عينه): وفي (ت): (أظهر عينه).

(٦) قوله: (وها هو ذا مقر قال: لا يقبل قوله إلا أن يكون معه ويرى يتبعه) يقابله في (ف): (وهذا هو لم يصدق إلا أن يرى يتبعه).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ٢٩٤ و٢٩٥.

باب



في حجر السيد والغرماء على العبد[(١)] المأذون له في التجارة و[(٢)] في عهدة ما يشتريه أو يبيعه



وللسيد أن يحجر على عبده بعد إذنه له في التجارة[(٣)]، وله أن يقوم بفلسه إذا خاف تلف ما في يديه وإن كره ذلك[(٤)] غرماؤه ليخلص[(٥)] ذمته ولغرمائه أن يفلسوه ويضربوا على يديه ويمنعوه من البيع والشراء في ذلك المال[(٦)]، وإن كره سيده فإن اعترف غرماؤه ألا مال له سوى ما عقلوه عليه لم يكن لهم أن يحجروا عليه[(٧)] البيع والشراء، وكان من حق سيده[(٨)] أن يبقيه على التصرف في التجارة، وإن لم يصدقوه، وأتى السيد بحميل حتى يثبت فقره، كان ذلك له، ويبقى على التجر وإن اتهم أنه غيب أموالهم لم ينظر لقول السيد وكان من حقهم أن يسجن ويضيق عليه حتى يتبين أمره، ويقسم غرماؤه جميع[(٩)] ما في يديه، وإن كانت له أم ولد بيعت لهم دون ولدها إذا[(١٠)] ولدته بعد الشراء؛

---

(١) قوله: (العبد) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (المأذون له في التجارة و) ساقط من (ف).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٩٤و٩٥.

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ف).

(٥) في (ف): (ولتخلص).

(٦) قوله: (المال) ساقط من (ف).

(٧) قوله: (يحجروا عليه) يقابله في (ف): (يمنعوه).

(٨) قوله: (وكان من حق سيده) يقابله في (ف): (وللسيد).

(٩) قوله: (جميع) ساقط من (ف).

(١٠) في (ف): (وإن).

لأنه[١] ملك للسيد وإن كانت حاملاً أخر بيعها حتى تضع فيكون الولد للسيد وتباع بولدها ويفض الثمن ويكون للسيد قيمة ما ينوب الولد[٢]، وإن كان الذي يربي[٣] الولد في يديه بشراء أو هبة بيع لغرمائه إلا أن يعلم من الواهب أنه قصد به إياه ليكون عنده فلا يباع لغرمائه فلا يكون لهم عليه سبيل[٤]، وكذلك جميع ما يوهب للعبد من مال أو ثياب أو غيرها[٥] فلغرمائه أن يأخذوا ذلك في ديونهم إلا أن يعلم أن[٦] قصد الواهب بقاء ذلك في يديه ليتسع في ملبس أو مطعم أو ليتجر به لأجل فلسه فيبقى ذلك في يديه حسب ما قصده المعطي[٧] ولا شيء لغرمائه؛ لأن ذلك تطوع من المعطي فلا يعترض[٨] فيه بغير ما أعطى عليه الأمة وإن اشترى زوجته وهي حامل فإن أقيم عليه قبل أن تضع بيعت الآن ويختلف إن أقيم عليه بعد أن وضعت قياساً على من اشترى حاملاً بالخيار فوضعت في أيام الخيار فاختلف هل يكون الولد للبائع أو للمشتري، وأن يكون للمشتري أحسن، ولم يختلف فيمن أعتق ما في بطن أمته ثم باعها ولم يبين فوضعته أن البيع يرد فيه بما ينوبه ويباع معها ما كان لها من ولد لم يبلغ حد التفرقة ويقوم كل واحد بانفراده قبل البيع ليعلم كل واحد ما

---

(١) قوله: (لأنه) يقابله في (ف): (إلا أنه).

(٢) قوله: (بولدها ويفض الثمن ويكون للسيد قيمة ما ينوب الولد) زيادة من (ف).

(٣) قوله: (الذي يربي) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (لغرمائه فلا يكون لهم عليه سبيل) يقابله في (ف): (لهم).

(٥) قوله: (أو غيرها) ساقط من (ف).

(٦) قوله: (يعلم أن) يقابله في (ف): (يكون).

(٧) قوله: (فيبقى ذلك في يديه حسب ما قصده المعطي) ساقط من (ف).

(٨) في (ف): (يتعرض).

بيع به ملكه[1]، والحجر على العبد على وجهين فإن لم تطل إقامة العبد[2] فيما أذن له فيه، ولم يشهد[3] أجزأ الحجر من السيد فيذكره عند من يرى أنه يخالطه أو يعامله وعند أهل سوقه، وإن طالت إقامته واشتهرت تجارته والإذن له كان الحجر إلى السلطان يسمع بذلك ويظهر[4].

ولو حجر عليه السيد، وبالغ في ذلك[5] حسبما يفعله السلطان أجزأ فإن لم يفعل و[6] لم يبالغ في إعلام ذلك كانت مداينة العبد لازمة له؛ لأن ذلك غرور من السيد.

فصل

[في تحمل المأذون له في التجارة تبعات ما يبيع وما يشتري في ماله أو ذمته]

وإذا أذن السيد لعبده في التجارة، ثم طلب بثمن[7] ما اشترى أو أدركته تباعة فيما باع أو اشترى[8] بعيب أو استحقاق كانت عهدة ذلك متعلقة بالمال

---

(١) قوله: (الأمة وإن اشترى زوجته وهي حامل ... ليعلم كل واحد ما بيع به ملكه) جاء متقدما (ت) و(ر) بعد قوله: (ويكون للسيد قيمة ما ينوب الولد) المتقدم قبل قليل.

(٢) قوله: (إقامة العبد) يقابله في (ف): (إقامته).

(٣) في (ف): (يشتهر).

(٤) قوله: (طالت إقامته واشتهرت تجارته والإذن له كان الحجر إلى السلطان يسمع بذلك ويظهر) يقابله في (ف): (وإن طال ذلك واشتهر الإذن له كان التحجير للسلطان يشيع ذلك ويظهره).

(٥) قوله: (حجر عليه السيد، وبالغ في ذلك) يقابله في (ف): (بالغ السيد).

(٦) قوله: (لم يفعل و) ساقط من (ف).

(٧) قوله: (بثمن) ساقط من (ت).

(٨) قوله: (أو اشترى) ساقط من (ف).

الذي في يديه وبذمته إن لم يوفِ ما في يديه، ولا يتبع السيد منه بشيء[١]، وهذا[٢] إذا كان تجره لنفسه، وإن كان تجره لسيده جرى على حكم الوكيل[٣] فإن كان وكيلاً على بيع شيء بعينه أو اشترائه كانت التباعة على السيد في العيب والاستحقاق وفي وزن ثمن[٤] ما يشتريه إلا أن يكون دفع إليه ثمناً ليشتري به فضاع من العبد قبل وزنه. فيختلف هل يكون خلفه على سيده ويجري على أحكام القراض فيمن دفع قراضاً لحرٍّ.

كمل كتاب المأذون، والحمد لله رب العالمين،

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

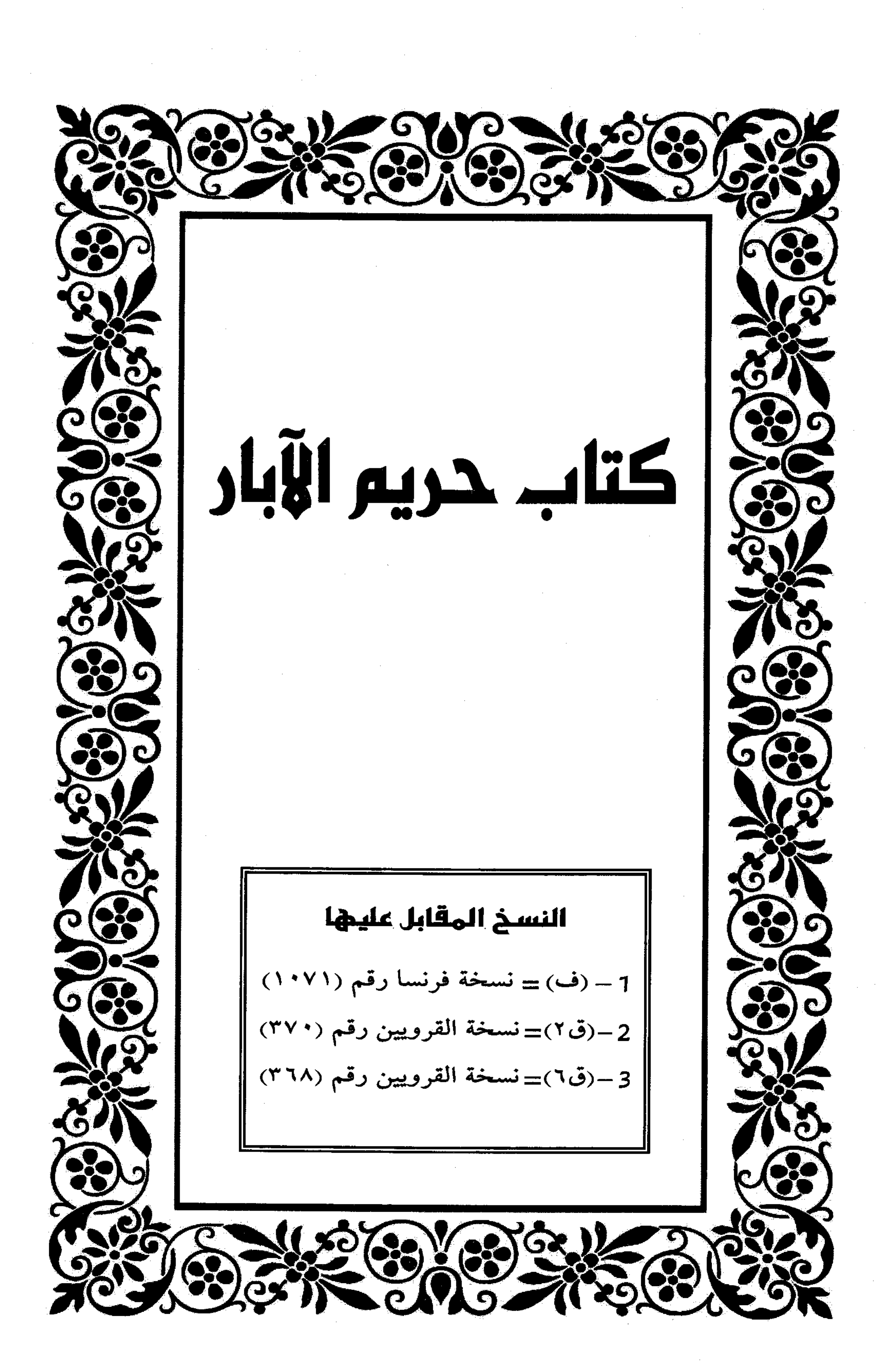
---

(١) انظر: التفريع: ٢/ ٢٦٩.

(٢) قوله: (وهذا) ساقط من (ف).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٩١، التفريع: ٢/ ٢٦٩.

(٤) قوله: (ثمن) ساقط من (ف).



كتاب حريم الآبار

النسخ المقابل عليها

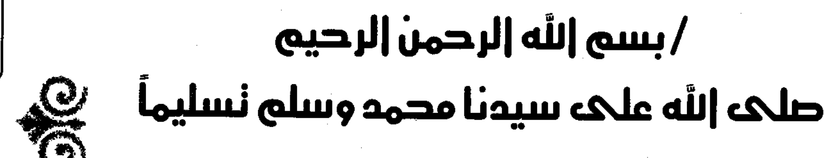
1 – (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

2 –(ق٢)= نسخة القرويين رقم (٣٧٠)

3 –(ق٦)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)



(ف) ١٨/ب




/ بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وسلم تسليماً

كتاب حريم الآبار

باب

في حريم الآبار والأنهار والأشجار

قال ابن القاسم: ليس للبئر حريم محدود إلا ما أضر به، قال مالك: فقد تكون أرضاً رخوة وأخرى صلبة، فإنما ذلك على قدر الضرر بالبئر، فإن كان لا يضر بالماء؛ لأنها في أرض صلبة فإنه يمنع إذا كان يضر بالمناخ والمعاطن[1].

يريد: أن حده بالضرر ليس بالقيس، فمن حق الأول أن يمنع الثاني[2] من أن يضر به في باطن الأرض، وظاهرها. وباطنها: ما ينقص الماء ويذهب به، وظاهرها: ما يضر به في مناخ الإبل[3] أو مرعى أو مزدرع إن كانت أرض زرع. وحفر الثاني إذا كان يضر بالأول على ثلاثة أوجه:

ممنوع وجائز **ومختلف فيه**، وذلك راجع إلى الأرضين، هل هما **مملوكتان** أو **غير مملوكتين** أو **إحداهما مملوكة**. فإن كانتا غير مملوكتين؛ فإنما الأولى للماشية.

أو كانت الأولى[4] مملوكة؛ منع الثاني من أن يحفر بحيث يضر بالأول.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٨.

(٢) في (ق٦): (الناس).

(٣) قوله: (الإبل) ساقط من (ق٦).

(٤) قوله: (الأولى) ساقط من (ف).

وإن كانتا مملوكتين - وعلم أيهما اختط أولاً - كان الأول أحق، وإن كان آخرهما حفراً، وسواء انقطع ماء الذي احتفر أولاً أو انتقص، لأن من ملك أرضاً ملك باطنها، والذي اختط أولاً[١] سبق ملكه لذلك الماء[٢]، وليس تأخره[٣] عن الحفر لاستغنائه يقطع حقه فيه الآن إلا أن يحفر الثاني فيتركه الأول وهو عالم بمضرته متى احتاج إليه، فليس له أن يحفر؛ لأنه أسقط حقه فيها، وقد اختلف في هذا الأصل، واختلف إذا لم يعلم أيهما اختط قبل، وقد قال مالك: لمن احتفر أولاً أن يمنع الثاني[٤]. وروى عنه أشهب أنه قال: له أن يمنع إذا كان للثاني مندوحة عن الحفر هناك ولا يمنع إن لم تكن له مندوحة عنه[٥]؛ فوجه الأول أن الماء في يد الذي احتفر أولاً، ومحتمل أن يكون هو المختط أو آباؤه، أو من ابتاع منه فلا ينتزع منه بالشك، ووجه القول الآخر أن كل واحد مالك لبطن أرضه، وممكن أن يكون من صارت إليه عنه اختط أولاً، فلا يمنع بالشك، وأرى أن ينظر إلى جريان الماء، فإن كان يأتي من أرض الذي احتفر أولاً ردم على الثاني، وإن كان من أرض الذي احتفر آخراً إلى أرض صاحبه لم يمنع؛ لأنه يقول: هو مائي كان يصل إليك لاستغنائي عنه، فإذا احتجت إليه كنت أحق به، ولو أحدث بئراً للنجاسات فأضر بئر جاره ردمت عليه قولاً واحداً، وليس كالأول، وبلوغ النجاسات إلى أرض جاره كبلوغ

---

(١) قوله: (أولا) ساقط من (ف).

(٢) زاد في (ق٦): (أولا).

(٣) في (ق٢): (بأخذه).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧٤.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٤. وقوله: (هناك ولا يمنع إن لم تكن له مندوحة عنه) ساقط من (ف).

الدخان وغيره في الظاهر.

فصل

[في مقدار ما يترك لمن له بئر بجوار موات]

وأما ظاهر الأرض، فإن كان للأول بئر ماشية، فأراد آخر أن يحفر في موات هناك بئراً للماشية، كان ذلك له، ويترك للأول ما يحتاجه عطناً لإبله أو مرابضاً لغنمه، ولا يحفر عند آخر حق الأول، لأن إبل الثاني وغنمه إذا وردت الماء انتشرت حول الماء فدخلت في حق الأول، فيجعل بينه وبين آخر حق الأول[1] ما إذا وردت إبله أو غنمه لم يصل إلى آخر حق الأول، وإن كانت الأولى بئر زرع فأراد الثاني أن يحيي[2] و يحفر بئراً لزرع ترك للأول ما يرى أن بئره تسقيه إلا أن يرى أن يعجز عن السقي بجميع ذلك الماء فيترك ما لا يعجز عنه، وإن كان الأول أحيى ذلك الموضع، وقطع الغياض ترك له، وإن كان فوق ما يسقيه بئره فقد يحرثه بعلاً[3]، وإن استنبط عيناً كان أحق من/ تلك الأرض بما تسقيه تلك العين إلا أن يكون الماء كثيراً أو لا يقدر على عمارة ما يسقيه في تلك العين فيترك له ما لا يعجز عنه، وهذا كله أصل قول مالك وابن القاسم[4] أن المراعى الضرر من غير قيس[5]، وقيل: ذلك محدود بالقيس[6]،

(ف) ١٩/أ

---

(١) قوله: (فيجعل بينه وبين آخر حق الأول) ساقط من (ف).

(٢) قوله: (يحيي) ساقط من (ق٦).

(٣) البَعْلُ: هو كلُّ شجر أَو زرع لا يُسْقى، وقيل: هو ما اكتفى بماء السماء. انظر: لسان العرب: ١١/ ٥٧.

(٤) قوله: (وابن القاسم) ساقط من (ق٢).

(٥) في (ق٢): (قياس).

(٦) في (ق٢): (القياس).

فقال أبو مصعب: حريم الآبار العادية[1] خمسة وعشرون ذراعاً، والتي ابتدأ صاحبها عملها خمسون ذراعاً[2]، وبئر الزرع خمسمائة ذراع، وقال ابن نافع في المستخرجة: حريم البئر العادية خمسون ذراعا والتي ابتدأ عملها خمسة وعشرون ذراعا. وقال ابن المسيب: في بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها، وقال أشهب: سمعت الناس يقولون: حريم البئر خمسمائة ذراع، قال: وكان يقال: الأنهار ألف ذراع[3].

وقول مالك أحسن، فليس الآبار في كثرة مائها وسقيها سواء، فمن حفر بئراً أو استنبط عيناً في أرض ليس فيها غياض ولا شعر[4] أو لم يعمل أكثر من الحفر ترك له ما يسقيه ذلك الماء أو ما يستطيع عمارته، وإن قطع غياضاً ترك له، وإن كان لا يستطيع حرثه[5]، ولا عمارته لأنه ملكه بالإحياء وله بيعه، وإن كان للأول شجر غرسها في موات، ثم أراد آخر أن يحيي ويغرس؛ ترك للأول حِمَى شجره، قال مالك: ويترك له ما يرى أن فيه مصلحتها ولا يضر بها، قال: ويسأل أهل المعرفة بذلك، وقد قالوا: اثنا عشر ذراعاً من نواحيها إلى عشرة أذرع، ويسألون عن الكرم وعن كل شجرة أهل العلم بذلك، فيكون بقدر

---

(١) البئرُ العادِيَّةُ: القَدِيمَةُ التي لا يُعلمُ لها رَبٌّ ولا حافِرٌ. انظر: لسان العرب: ١/ ٢٦.

(٢) قوله: (والتي ابتدأ صاحبها عملها خمسون ذراعاً) ساقط من (ق٢).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢، ٢٣.

وقول المصنف: «وقال أشهب: سمعت الناس يقولون: حريم البئر خمسمائة ذراع، قال: وكان يقال: الأنهار ألف ذراع» إنما هو في النوادر عن ابن شهاب.

(٤) الغَيْضَة: مَغِيضُ ماءٍ يجتمع فيَنْبت فيه الشجر وجمعها غِياضٌ، والشعر: يقال أَرض ذات شَعارٍ أَي ذات شجر. انظر: لسان العرب: ٧/ ٢٠١، و٤/ ٤١٠.

(٥) قوله: (وإن قطع غياضاً ترك له، وإن كان لا يستطيع حرثه) ساقط من (ق٢).

مصلحتها[١].

وأرى إن قالوا مصلحتها عشرة أذرع لم يغرس الآخر عند آخر العشرة، وإن كانت الثانية من جنس الأولى جعل ما بين الأصلين عشرون ذراعاً، لأن الشجرة الثانية تحتاج إلى مثل ما تحتاج الأولى، فإن جعل ما بينهما دون ذلك أضر بالأولى، فتشترك فروعها أو عروقها، فإن فعل قطع ما وصل إلى حد الأولى في باطن الأرض وظاهرها، ولو باع نخلة وشرط حقوقها وفنائها جعل لها على هذا القول عشرة أذرع من جميع نواحيها، وإذا أحيا الأولى للسكنى فأراد الثاني أن يحيي ليسكن فأحب الأول أن يبعد عنه، وقال: يكشفني إن كنت قريباً كان ذلك له، وقد قضى عمر بن عبد العزيز رحمه الله في ذلك أن ينزل عنه نحو مائة ذراع، قال: حيث لا يتبين أمره ولا يسمع كلام الحي، وإن شكا أنه ضيق عليه في المرعى أبعد عنه، وأرى أن يبعد إذا خاف الكشفة[٢] أكثر من المائة ذراع، ولا يضيق على النساء في تصرفهن هناك.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٥.

(٢) في (ق٢): (كشفه).

باب



في صفة الانتفاع بماء الآبار والمواجل والأنهار وحكم المياه إذا نزلها المسافرون



والآبار ثلاثة: بئر ماشية، وبئر زرع، وبئر شفة[١]، وكل هذه الآبار فصاحبها أحق بمائها حتى يروي ماشيته أو زرعه أو ما جعلها له، فإذا صارت إليه كفايته افترق الجواب في الفضلة:

فإن كان[٢] جعل الفضلة صدقة أنفذ فيما جعل فيه.

فإن لم يجعله في وجه من الوجوه كان في حبسه عمن احتاج إليه لماشية أو زرع قولان:

فقال مرة: له حبسه.

وقال في كتاب ابن حبيب: ليس ذلك له، وإن كانت بئر ماشية فيما لا يملك من الأرضين لم يكن له حبس الفضل[٣].

وقال ابن القاسم في المجموعة: هذا إذا جعله للصدقة[٤].

(ف) ١٩/ب

يريد: أن له حبسه إن لم / ينو به الصدقة كبئر الزرع، لأن حفر تلك البقعة إحياء لها، فإذا لم ينو الصدقة كانت كغيرها من الأملاك، وإن حفرها في ملكه كان له الفضل إلا أن ينوي به الصدقة، وكذلك بئر الزرع له الفضل إلا أن ينوي به الصدقة، فإن نوى الصدقة ولم يخص به زرعا، ولا ماشية فاحتاج إليه رجلان

---

(١) بئر الشفة المراد بها الآبار التي تستعمل للشرب لا التي تستعمل لسقي الأرض.

(٢) قوله: (كان) ساقط من (ق٢).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٩، والنوادر والزيادات: ١١/ ٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٧.

أحدهما لماشيته والآخر لزرعه بدئ به أحوجهما إليه، وإن تساويا في الحاجة اقتسماه، وإن جعل الفضل لأهل الماشية بدوابه، فإن فضل عنهم شيء أخذه أهل الزرع، وقال ابن الماجشون في بئر الماشية إن تشاحوا استهموا عليه[(١)].

وأرى أن يقسم بينهم؛ فإن استوت الماشيتان والماء كفاف[(٢)] اقتسماه نصفين ويسقي كل واحد منهما نصف ماشيته، وكذلك إن كان زرعاً والفضل كفاية زرع أحدهما، وإن كان كفاية لسقي مائة شاة وماشية أحدهما مائة شاة والآخر مائتان اقتسماه نصفين؛ لأن زيادة المائة في سهم أحدهما لو سلم إليه الماء هالكة على كل حال، وكذلك إذا كان الزرع كفاية أحدهما، ولنصف زرع الآخر اقتسماه نصفين؛ لأنه لو سلم الماء لصاحب الكثير لم يسق إلا النصف، والنصف هالك بكل حال، وإن كان كفاية لمائتي شاة أو لجميع زرع أحدهما ونصف الآخر اقتسماه أثلاثاً.

فصل

[في صفة ما يحبس فضله من الماء]

وكل فضل ماء إذا لم يكن على وجه الصدقة، وكان شأن أهله بيع الماء مثل أهل الجزائر عندنا يتبايعون الماء بالقواديس كان له حبس الفضل أو بيعه إن أحب إلا لمن انهارت بئره، فيقضى له بالثمن.

واختلف عن مالك إذا لم تكن عادة ولم يكن حَبْسُهُ[(٣)] له للبيع، فجعل مرة الجواب: مثل هذا له حبسه، وقال في كتاب ابن حبيب في بئر بين رجلين:

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٦.

(٢) في (ق٢): (شرب إحداهما).

(٣) في (ق٦): (كسبه).

يسقي هذا يوماً وهذا يوماً، فيستغني أحدهما عن السقي في يومه، ويريد الآخر أن يسقى به فيمنعه شريكه، فقال: ليس له ذلك، يمنعه ما ليس ينفعه حبسه، ولا يضره تركه، قال: وهو تفسير الحديث: «**لاَ يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ**»[(١)].

وهذا أحسن؛ لأنه يمنع ما ينتفع به جاره ولا ينفعه إمساكه إلا أن يخشى لفساد الناس أن تطول المدة فيدعي أن ذلك حق له فيمنعه مما يكثر وتطول مدته، ولهذا قال: لا يزرع على الفضل، وإن زرع على بئر نفسه فانهارت قضى له به بغير ثمن؛ لأنه إن أبيح له على الاختيار وطالت المدة خيف أن يدعيه ويستشهد بالحوز، وإذا كان عندما تنهار بئره إلى أن يصلح لم يخف ذلك.

فصل

[في حق المسافرين يردون القرى والحواضر في الماء]

حق المسافرين إذا أتوا قرية أن يشربوا من الآبار والمواجل المحبسة للشفة، ومن بئر الماشية، ويبدّون على الماشية إذا كانوا على ظهر لم ينزلوا؛ لأن الماء يعود بعد سير المسافرين، وإن كانوا نزلوا بُدِّيت الماشية إذا كان يضر بها تبدية المسافرين، وإن كان لا فضل فيه عن الماشية منع المسافرون منه، ولهم أن

---

(١) مرسل، أخرجه مالك: ٢/ ٧٤٥، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم: ١٤٢٨، وعبد الرزاق: ٨/ ١٠٥، في باب بيع الماء وأجر ضراب الفحل، من كتاب البيوع، برقم: ١٤٤٩٣، والبيهقي: ٦/ ١٥٢، في باب ما جاء في النهي عن منع فضل الماء، من كتاب إحياء الموات، برقم: ١١٦٢٦.

قال البيهقي: «هذا هو المحفوظ: مرسل». انظر السنن: ٦/ ١٥٢. وقال ابن عبد البر: «لا أعلم أحداً من رواة الموطأ عن مالك أسند عنه هذا الحديث وهو مرسل عند جميعهم فيما علمت». انظر: التمهيد: ١٣/ ١٢٣.

وانظر المسألة في النوادر والزيادات: ١١/ ١٠، ١١.

يشربوا من آبار الزرع إن لم يضروا بالزرع، فإن أضروا به منعوا وصرف المسافرون إلى غيره، فإن خيف عليهم إن صرفوا إلى غيره لم يمنعوا إن كان فيه فضل عن شرب أهل[1] الموضع، وإنما يحتاجونه إلى ماشية أو زرع فيكون المسافرون أحق به، فإن نقصت الماشية والزرع ضمنوا النقص، وإن هلك ضمنوا قيمة ما هلك، وإن كان لا فضل فيه عن شرب أهله، وإن شربه أحد الفريقين خيف على الآخر كان أهل الماء أحق به.

فصل

[في ما إذا منع أهل الآبار الماء المسافرين]

(ف) ٢٠/أ

وإن / كان فضل وخيف على المسافرين أن يصرفوا إلى غيره كان لهم أن يأخذوه بثمن إن كان شأنهم البيع، وإن كره أصحابه[2] وإن لم يكن معهم ثمن، وكان لهم أخذه الآن، واختلف هل يتبعون بالثمن متى أيسروا قياساً على من وجبت مواساته لأجل فقره، فقد اختلف هل يتبع متى أيسر، وإن كانوا مياسر في بلادهم اتبعوا.

واختلف إذا امتنع أهل الماء ولم يقدر على أخذه إلا بالقتال هل يقاتلون؟[3]

فأجاز ابن القاسم قتالهم، وكرهه أشهب[4]، فإن قاتلوهم على قول ابن القاسم، فقُتل أحدٌ من أهل الماء كان دمه هدراً، وإن قتل من المسافرين كان فيه

---

(١) قوله: (أهل) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (كره أصحابه) في (ق٢): (كرهوا).

(٣) قوله: (هل يقاتلون؟) ساقط من (ق٢).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٨.

القصاص، إلا أن يكون أهل الماء ممن يجهل ذلك، ويرون أن لهم المنع فيرجع إلى الدية، وإن لم يكن بالمسافرين قوة على قتالهم حتى ماتوا عطاشاً كان فيهم الدية على عواقل أهل الماء، وقال ابن القاسم: والكفارة على كل رجل من أهل الماء عن كل نفس مع الأدب[١].

ويختلف إذا كانوا عالمين بما بلغ منهم العطش، وعالمين أنه لا يجوز لهم المنع، هل يقتص منهم أو تكون الدية في أموالهم - قياساً على من شهد على محصن[٢] بالزنا فَرُجم ثم أقروا بتعمد الزور، فقد اختلف هل يكون فيهم القصاص أو الدية في أموالهم؟ وقال محمد في الطعام مثل قول ابن القاسم: يقاتلون عليه عند الحاجة إليه.

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٩.

(٢) قوله: (على محصن) ساقط من (ف).

باب



هل يمنع الكلأ أو يباع، ومن دخل أرضه ماء أو حيتان هل يمنعه أو يبيعه



قال النبي ﷺ: «لا يُمْنَعُ الْكَلأُ، وَالنَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ»[(١)]، وقال: «لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ»[(٢)]، يريد: أن الإبل والماشية إنما يقام بها على الرعي إذا مكنت من الشرب، فإن منعته رحلوا عن الكلأ، فكان منع الشرب منعاً للكلأ، قال ابن القاسم: وأحسب ذلك في الصحاري، وأما القرى والأرض التي عرفها أهلها فهم أحق به إذا احتاجوا إليه[(٣)].

والكلأ يختلف في الإباحة والمنع باختلاف أماكنه، وأماكنه ثلاثة: **أرض غير مملوكة، ومملوكة مباحة لا حيطان عليها، ومحظر عليها بالحيطان.**

- **فإن كان في أرض غير مملوكة** فأتى إليها رجلان معاً كانا فيه شريكين،

---

(١) لم أقف على لفظ المؤلف، وفي سنن أبي داود وغيره عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ قال: غزوت مع النبي ﷺ ثلاثا أسمعه يقول: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ فِي الْكَلَإِ وَالْمَاءِ وَالنَّارِ»، صحيح، أخرجه أبو داود: ٢/ ٣٠٠، في باب في منع الماء، من كتاب الإجارة، برقم (٣٤٧٧)، وابن ماجه: ٢/ ٨٢٦، باب المسلمون شركاء في ثلاث، من كتاب الرهون، برقم (٢٤٧٢)، وأحمد في المسند: ٤/ ٣٦٤، في أحاديث رجال من أصحاب النبي ﷺ، برقم (٢٣١٣٢).

(٢) أخرجه البخاري: ٢/ ٨٣٠، في باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى لقول النبي ﷺ: «لا يمنع فضل الماء»، في كتاب المساقاة، برقم (٢٢٢٦)، ومسلم: ٣/ ١١٩٨، في باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ... في كتاب المساقاة، برقم (١٥٦٦)، ومالك: ٢/ ٧٤٤، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٧).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٩.

واختلف إذا سبق أحدهما أو حفر بئراً للماشية هل يكون أحق بذلك الكلإ إذا كان لا فضل فيه عنه، فقال ابن القاسم في المدونة إذا حفر قوم بئراً لماشيتهم: هم والناس في المرعى سواء[1]. ولم يجعل لهم حقاً في التبدية[2] يمنعون به غيرهم ممن يأتي.

وقال أشهب في النوادر: إذا نزل قوم أرضاً فرعوا ما حولهم، فهم أحق به من غيرهم، وقال: ذلك إحياء[3]؛ لأنهم رعوا، وينتظرون أن يرعوا[4].

فرأى لهم السبق حقاً، وقد يحسن هذا إذا انتجعوا[5] لأجله، فأما إذا مروا به فنزلوا عليه[6] فلا، وإن حفروا لأجله فهو أبين أن يكونوا أحق به، ولا يختلف أنه لا يمنع بذلك الحفر الفضل عن حاجته، وقال المغيرة: من حفر بئراً حيث الكلأ وحيث يرعى الناس فهو أحق بما يصلح ماشيته، ولا يمنع ما فضل عنه[7].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧٣.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧٣. وقوله: (إذا حفر قوم بئراً لماشيتهم: هم والناس في المرعى سواء. ولم يجعل لهم حقاً في التبدية) ساقط من (ف).

(٣) زاد بعدها في (ق٢): (لهم).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠٥.

(٥) الانتجاع: طلب الكلأ ومساقط الغيث. انظر: لسان العرب: ٨/ ٣٤٧.

(٦) قوله: (عليه) زيادة من (ف).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٨.

فصل

[فيمن حفر بئرا في أرض مملوكة]

- وإن كان في أرض مملوكة كان صاحبها أحق بها في وجهين:

أحدهما: أنه يحتاج إليه لإبله أو ماشيته، قال مالك: فإن فضل عنه شيء فليخل بين الناس وبينه[١].

والثاني: إذا كانت الأرض مزروعة فعطل زراعتها[٢] ووقفها للكلإ ليبيعه فإنه أحق به يبيعه، ويصنع به ما شاء، وإن لم يوقفها لذلك ولم تكن له حاجة / ولم يكن له هناك سوق ولا من يشتريه، ولا يقدر صاحب الأرض أن يجمعه ليبيعه في موضع يباع فيه لم يمنع هؤلاء من رعيه، لأنه إن ترك فسد وصوح فيه، فهو يمنع ما لا ينفعه.

(ف) ٢٠/ب

واختلف إذا كان يقدر على بيعه على ثلاثة أقوال:

فقال مالك: يخل بين الناس وبينه، وجعل الفاضل عن حاجته كغيره مما في الصحاري.

وقال أيضاً: لا بأس أن يبيع خصب أرضه ممن يرعاه عاماً إذا بلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين، وهذا خلاف قوله الأول.

وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إنما ذلك له في مروجه وحماه، وليس في البور والعفاء[٣]، إلا أن يكون عليه في تخلية المواشي مضرة، مثل أن يكون حول الخصب زرع[١].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٦٩، والنوادر والزيادات: ١١/ ١٩.

(٢) في (ق٢): (مزدرعاته).

(٣) العفاء: التراب، والعفو: الأرض الغفل التي لم توطأ. انظر: الصحاح، للجوهري: ٦/ ٢٤٣١.

الخصب زرع(١).

فأخذ أشهب بالقول الأول، وأنكر قول ابن القاسم أن له أن يبيع خصب أرضه، وقال: الكلأ يخرجه الله عز وجل عشباً لعباده، كالماء العذب الذي يخرجه الله تعالى على وجه الأرض، فلا يملك ولا يباع، ويجوز له أن يذب عنه ويحميه عند حاجته إليه، إلا أن يجزه ويحتمله فيبيعه، وأما قائماً فلا، ولو جاز هذا لجاز للإمام في أرض العنوة أن يبيع كلأها حتى يجعلها كالسواد، وأخذ سحنون بالقول الآخر، وقال له أن يمنع مراعي أرضه وحيتان غديره، لأنه في ملكه(٢).

قال الشيخ ﵀: قد جاء الحديث «**لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ**»(٣)، و«**لاَ يُمْنَعُ نَقْعُ بِئْرٍ وَفَضْلُ المَاءِ**»(٤)، ونقع البئر مما يملك، فإذا لم يكن له منع؛ لأنَّ منع ذلك يضر بغيره ولا ينفعه لأنه يذهب تحت الأرض، فكذلك الكلأ فيما يملك إذا كان بموضع لا يباع فيه، وإن منع يبس وفسد، ولم يحتجه فيما يستقبل، فإنه يجبر على تسليمه بغير شيء، إلا أن يكون صاحبه يحصده(٥)، ويحتمله للبيع فيكون أحق به كما قال أشهب، ويفارق فضل الماء لأن هذا قادر على أن يتموله، وفضل الماء يذهب تحت الأرض فلا ينتفع به، وعند ابن مزين: له أن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩، ٢٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠، ٢١.

(٣) سبق تخريجه، ص: ٣٢٦٩.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٧٤٥، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٨)، والبيهقي في سننه: ٢/ ١٥٢، في باب ما جاء في النهي عن منع فضل الماء، من كتاب إحياء الموات، برقم (١١٦٢٦).

(٥) في (ق٢): (يجذه).

يمنع ويبيعه إذا كان قد حظر عليه، وأما الفدادين فلا.

- **وإذا كان الكلأ في حائط** كان له منعه، لأن ذلك مما يضره، وقال أشهب في كتاب محمد: يمنع إذا كان في الدخول ضرر(١)، ويجوز أن يأخذ فيه حينئذ ثمناً، ويكون الثمن للضرر الذي يدخل عليه في زرعه.

فصل

[في منع الطاريء إذا ضاق كلأ القرية عليهم]

وإن ضاق الكلأ عن أهل القرية كان لهم أن يمنعوا الطارئ من الرعي لأنهم إن تركوا اضطر أهل الموضع إلى الانتجاع بمواشيهم، وذلك ضرر عليهم، فكان انتجاع الطارئ أولى، وللإمام أن يحمي الكلأ عن بعض أهل الموضع إذا كان كفاية لما أوقفه المسلمون من الإبل والخيل للسبيل، والصدقة، وقد فعل ذلك عمر ﷺ، وقال للذي استعمله على الحمى: ضم جناحاً عن الناس واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصُّرَيْمَةِ والغُنَيْمَةِ(٢)، وإياك ونعم ابن عفان وابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى زرع ونخل، وإن رب الغنيمة والصُّرَيْمَةِ إن تهلك ماشيتهما يأتيني ببنيه فيقول: يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا لا أبا لك، فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أنا قد ظلمناهم إنها لبلادهم ومياههم،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٣٠، وعبارته: «وقال أشهب: ... ليس لهم أن يدخلوا عليه في حظيره، ولم يكن له قبل الحظر منعهم من غسل ثيابهم في العين إلا أن يكونوا يغسلون ثيابهم في موضع من الحائط يخاف على بعض ما فيه منهم فله منعهم، وإن لم يكن الحائط محظراً».

(٢) الصريمة: تصغير الصرمة، وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. والغنيمة: تصغير الغنم، ما بين الأربعين إلى المائة من الشاة. انظر: البدر المنير: ٧/ ٩٤.

قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده، لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله عز وجل ما حميت عليهم من بلادهم شبراً[١].

وهذا من النظر للعامة على[٢] الخاصة، فقدم الفقراء على الأغنياء لتغليب أحد الضررين، وهذا فيما يكون من[٣] الكلإ من عفا[٤] القرية وموات الأرض، وما يجوز أن يحيى، وأما ما كان في أرض مملوكة فصاحبها المُبَدَّى، وإن كان لا فضل فيه/ لم يدخل عليه فيه أحد، وكذلك ما قرب من العمران وكان غير مملوك.

(ف) ٢١/أ

فصل

[في فضل الماء يكون في الأرض المملوكة]

وأما الماء يكون في الأرض المملوكة فهو عند أشهب كالكلإ لا يمنع فضله[٥]، والماء في الأرض المملوكة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يجتمع فيها منها ولم يدخل إليها من غيرها.

والثاني: أن يصير إليها من غيرها، ولم يرده صاحبه إليها.

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده: ١/ ٣٨١، ومن كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين مما لم يسمع الربيع من الشافعي، برقم (١٧٥٣)، وعبد الرزاق في مصنفه: ١١/ ٨، في باب الحمى، من كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني، برقم (١٩٧٥١)، والبزار في مصنفه، برقم (٢٧٢).

(٢) في (ق٦): (عن).

(٣) في (ق٢): (في).

(٤) عَفا النَّبتُ والشَّعَرُ وغيرُه يَعْفُو فهو عافٍ: كثُرَ وطالَ. انظر: لسان العرب: ١٥/ ٧٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠، ٢١.

والثالث: أن يرده إليها.

فإن اجتمع فيها ماء كان صاحبه أحق بها تحتاجه أرضه، وإن كان أكثر من الكعبين، وإن فضل عنها وكانت له أرض أخرى كان له أن يجريه إليها، ولا مقال لمن أرضه أسفل منه، فإن لم يكن له أرض أخرى كان لمن أسفل منه بغير ثمن بخلاف الكلإ، لأن هذا إن أمسك فضل الماء أفسد ما فيها من الزرع، وإن لم يكن له زرع فهو يرسله إذا أراد الزرع، فلم يكن له أن يأخذ فيه[1] ثمناً، وجعل ابن سحنون الجواب في السيل يدخل أرض رجل مثل ذلك إذا كان يصل من أرض قوم آخرين، فقال: السيول إذا كانت من ماء المطر تأتي من الأرض المملوكة، فلكل واحد أن يمسك ماءه ويحبسه في أرضه، وإن كثر، ولا يرسله إلى من تحته، ولا حجة لمن تحته إلا أن يتطوع، فإن أرسله كان للمرسل إليه أن يحبسه، ولا يخلِّي لمن تحته شيئاً، وجعل المعنى في مَهْزُور ومُذَينيب[2] أن يكون يجري بين البساتين فيردوه إلى حوائطهم، بخلاف أن يدخل إليهم من غير رد، فقال في جنانين في زقاق من أزقة المدينة أحدهما أعلى والآخر أسفل، فيأتي المطر إن الأعلى أولى حتى يصير الماء إلى الكعبين، ثم يرسله لمن تحته، وإن تقابلا اقتسما الماء، وإن كان بعض الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى كان للأعلى فيما يخرج عن الأسفل إلى الكعبين، ثم يقتسمان الباقي، وإن كان بعض الأَجِنَّةِ[3]

---

(١) في (ق٢): (فيها).

(٢) قال القاضي عياض: «مهزور: بفتح الميم وسكون الهاء وزاي مضمومة وآخره راء، ومذينيب: بضم الميم وفتح الذال المعجمة وبنون بين يائين باثنتين تحتها وآخره باء بواحدة؛ هما واديا المدينة التي عليهما سقي أموالها، قال أبو عبيد: مهزور هو وادي بني قريظة. انظر: مشارق الأنوار: ١/ ٣٩٥.

(٣) الأَجِنَّةُ: يعني الأَمْواهَ المُنْدَفِنةَ. انظر: لسان العرب: ١٣/ ٩٢.

أقدم من بعض كان أحق به[١].

يريد: وإن كان أسفل فإنه يُبَدَّى حتى يروي حائطه، وليس يقتصر على الكعبين إذا غرس عليه، أو أحيا، وإلا لم يكن أحق بالتبدية وفي المجموعة: قوم لهم مرج وللمرج واد فإذا أتت السيول سقى مرجهم وانصرف الوادي من مرجهم فليس لهم أن يسدوا مصرفه عن مرج الآخرين، وانصرف عنهم قبل أن يدخل أرضهم، فإن دخل إليهم قبل كانوا أحق به، ثم يرسلون الفضل، وإلا لم يصرف عن قوم ماء صرفه الله عز وجل إليهم، ولا ينقلوه عن مكان بعيد فيصرفوه إليهم دون من هو أقرب إليه منهم[٢].

والأصل في الحكم للأول أن يمسك إلى الكعبين حديث الزبير: اختصم إلى النبي ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال النبي ﷺ: «**اسْقِ حَتَّى يَبْلُغَ المَاءُ إِلَى الجَدْرِ**»[٣] وكان ذلك إلى الكعبين، أخرجه البخاري ومسلم.

واختلف إذا صار عنده ذلك القدر هل يمسكه ويرسل الباقي أو لا يمسكه ويسرحه، ولا يكون له إلا ما بقي بعد التسريح، فقال ابن كنانة: يمسك في النخل والشجر إلى الكعبين وفي الزرع إلى شراك النعلين[٤]، وقال مالك في شرح ابن مزين: يمسك الأول إلى الكعبين حتى يروي حائطه ويستغني عنه. وقال الطبري: الأرض تختلف، فيمسك لكل أرض بقدر ما

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٨.

(٣) متفق عليه: ٢/ ٨٣٢، في باب شرب الأعلى قبل الأسفل، من كتاب المساقاة - الشرب، برقم (٢٢٣٢)، ومسلم: ٤/ ١٨٢٩، في باب وجوب اتباعه ﷺ، من كتاب الفضائل، برقم (٢٣٥٧).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٦.

يكفيها، ورأى أن الجواب للزبير قضية في عين، وأن تلك الأرض كان يكفيها ذلك القدر، وهذا هو الفقه، أن يكون لكل أرض ما يكفيها إلا أن يقال إن في كونها على حكم واحد رفعاً للتنازع، لأن كل واحد يقول: كفاية أرضي كذا، أو يقول الآخر خلافه، كالحكم في المصراة، بصاع مع اختلاف لبن بعضها على بعض لدفع التنازع وقد اختلف في المصراة وإذا أمسك الأول إلى الكعبين ثم أرسل إلى من تحته فأمسك مثل الأول / ثم فضل عنه عاد المقال إلى الأول، إلا أنه لا يقدر أن يرد شيئاً من ذلك الفضل إلى الأول، فإن أتى ما أخر أمسك الأول منه بقدر حبس الآخر، فإن فضل عنه شيء بعد ذلك حبس منه إلى الكعبين ثم أرسل إلى من تحته.

(ف) ٢١/ب

فصل

[في السمك يكون في الأرض المملوكة وما يحق لأهلها]

واختلف في الحيتان تكون في الأرض المملوكة، فقال مالك: لا أحب لأهلها أن يمنعوها ممن يصيد فيها ممن ليس له فيها حق، وقال سحنون: لهم منع الصيد فيها، وقال مطرف وابن الماجشون: ما كان ملكاً لأهله وفي حوزهم وحقهم منعوه، وما كان في الأنهار والخُلُجِ التي لا تملك فليس لمن له بها سكنى أن يمنع من طرأ، وقال أشهب في مدونته: ليس له أن يمنع من صيد[1] حيتان أرضه إلا أن يكون هو الذي طرحه هناك أو يكون عليهم في صيدهم مضرة، ويفسدوا غير ذلك فيمنعوا[2].

---

(١) في (ق٦): (يصد).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠، ٢١.

وأرى الأرض المملوكة على ثلاثة أوجه:

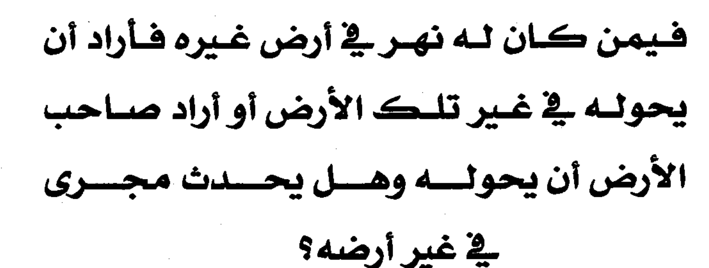
فإن كان صاحب الأرض طرحهم فيها كان أحق به.

وكذلك إن لم يطرحه وكان في مزدرعاته فوقفها لذلك ومنع نفسه من زراعتها.

وإن كان في عفاء أرضه أو في مزدرع ولم يأت إبان الزراعة ولو أتى السيل الماء عنها كان كالكلإ والماء، وإمساكه ههنا أشبه من الكلإ ومن فضل ماء البئر؛ لأن الكلأ يهلك وفضل ماء البئر يذهب تحت الأرض، فلا يمنع ما ينفع غيره، وإن تركه هلك أو ذهب، والحوت يبقى وينمو ويتوالد، فكان له منعه وبه آخذ.

باب





فيمن كان له نهر في أرض غيره فأراد أن يحوله في غير تلك الأرض أو أراد صاحب الأرض أن يحوله وهل يحدث مجرى في غير أرضه؟

واختلف فيمن له ساقية في حائط غيره، فأراد أن يحولها إلى موضع هو أقرب وأنفع[١] له من غير مضرة على صاحب الأرض[٢] أو أراد صاحب الحائط أن يحولها إلى موضع لا ضرر فيه على صاحب الساقية، أو أراد رجل أن يحدث ساقية في حائط غيره ولم يكن له فيه مجرى، فقال مالك: يمنع من جميع ذلك، ولا يغير هذه عن موضعها، ولا يحدث الآخر مجرى في موضع لم يكن له[٣].

وروي عنه أنه أجاز أن يُحدِثَ ذلك، إذا لم يضر بمن يحدث عليهم، وأجاز لمن له ساقية أن يحولها إذا لم يضر بصاحبها[٤].

ويجوز على هذا لصاحب الحائط أن يحول الساقية إذا لم يضر بصاحبها[٥]، والقياس فيهما سواء، لأن هذا ينقل ساقية إلى موضع لم يكن له فيها حق،

---

(١) في (ق٦): (وأنبع).

(٢) في (ق٦): (الحائط).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٤، وعبارته: «قال مالك في رواية زياد: إنه إن لم يضر به فليقض بمروره في أرضه وإن أضر به فليمنع من ذلك... قال ابن نافع: وهذا فيما يُراد تحويله فأما ما يُبتدأ عمله فليس له ذلك».

(٥) قوله: (ويجوز على هذا لصاحب الحائط أن يحول الساقية إذا لم يضر بصاحبها) ساقط من (ق٦) و(ف).

ويعطيه عوض موضعها بغير رضاه، وصاحب الأرض ينقلها إلى موضع من أرضه، ويأخذ موضع السقاية بغير رضاه، وأجاز في كتاب ابن مزين تحويل الساقية، ومنع إحداثها خوفاً أن يطول الأمر فيدعي في ذلك صاحب[1] الحائط بدعوى، فقال في مدونة أشهب: كان يقال: يستحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور، قال: وقد أحدثها من يوثق به، فلو كان الزمان معتدلاً في زماننا كاعتداله في زمان عمر رضي الله عنه، رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك، لأنك تشرب به أولاً وآخراً، ولا يضرك ولكن فسد الناس، واستحقوا التهم، ويخاف إن طال الزمان، وينسى[2] ما كان عليه جري هذا الماء أن يدعي في الأرض[3]. انتهى قوله؛ فرأى أن القياس أن يجريه مثل ما قضى به عمر رضي الله عنه، وإذا تقدم له مجرى في ذلك الحائط كان الذي يخشى قبل تحويلها و بعد سواء، بخلاف إحداثه، وقال أشهب في مدونته في رجل له بئر وأرض، وبينهما أرض لآخر، فأراد أن يجري ماؤه إلى/ أرضه على أرض جاره، فقال: إن كان أرض جاره أحييت بعد أن أحييت الأرض والعين كان ذلك له، وإن أحييت أرض جاره قبل العين أو[4] قبل الأرض لم يكن ذلك له.

(ف) ٢٢/أ

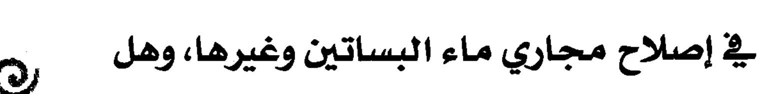
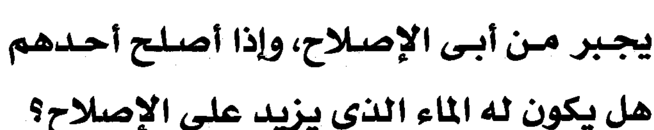
(١) قوله: (صاحب) ساقط من (ق٦).

(٢) في (ق٦): (وييس).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٤.

(٤) في (ق٦): (و).

باب

في إصلاح مجاري ماء البساتين وغيرها، وهل يجبر من أبى الإصلاح، وإذا أصلح أحدهم هل يكون له الماء الذي يزيد على الإصلاح؟

فساد المجاري على ثلاثة أوجه:

فالأول: ما يكون من أول العين إلى أول مغلق.

والثاني: ما يكون بين[1] البساتين.

والثالث: ما يكون بعد خروجها عن جميعها، وهو: مُصَالَةُ المياه[2].

فأما ما يكون من أول العين إلى أول مغلق؛ فعلى جميعهم، قال ابن القاسم: على العدد، وقال أصبغ: على قدر الأنصباء[3].

وإن كان السد من أول مغلق إلى الثاني فعلى الأول لأن ذلك من سببه، ومما يحدث عند الفتح والغلق، فيذهب التراب حينئذ مع الماء لمن تحته.

واختلف إذا تمادى السد إلى آخرها فقيل: يغرم الأول مع جميعهم، وكذلك الثاني والثالث، كل واحد يغرم مع من بعده إلى آخرهم، وذهب يحيى ابن عمر إلى أن يغرم كل واحد منهم[4] ما يكون منه إلى ما يليه خاصة، ولا

---

(١) في (ق٢): (من).

(٢) مُصَالَةُ المياه: ما سال من الماء، والمَصْل والمُصالة ما سال من الأَقِط إذا طُبخ ثم عصر.... ومَصْلُ الأَقِط عملُه وهو أَن تجعله في وِعاء خُوصٍ أَو غيره حتى يقطُر ماؤه والذي يَسِيل منه المُصالةُ والمُصالةُ ما قطر من الحُبِّ

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦.

(٤) قوله: (منهم) ساقط من (ق٢).

يشركه أحد ممن قبله، وإن كان السد في المصالة، وما هو خارج عن جميع البساتين كان على جميعهم[1].

فإن كان ما حدث بين البساتين متى نزل من العين كان زواله على من هو عنده إلى من بعده، ولا شيء على من قبله إذا لم يكن عنده سد.

وأرى إذا كان السد من سببهم أن تفض النفقة على قدر ما يرى لكل واحد فيه، لأن ما يحدث عند الفتح والغلق له قدر يعرف عند جميعهم، وإذا كان أحدهم كثير المصالة؛ كل يوم يصيب أو يوماً بعد يوم، والآخر يوماً بعد خمسة أيام -فض على عدد ذلك الفتح والغلق.

وكذلك إذا كان السد خارجاً من البستان حتى منع نفوذ ما يأتي كان على جميعهم على مثل ما تقدم؛ لأن ذلك حدث عنها، إلا أن يكون السد من غير سبب المصالة، فيصح أن يقال على عدد البساتين.

وكذلك ما يكون من أول العين إلى أول مغلق، وقول ابن القاسم أنه على العدد أشبه.

فصل

وقال مالك[2] في بئر بين أشراك قلَّ ماؤها، فأبى بعضهم من الإصلاح، قال: إن كان في الماء ما يكفيهم أمر الذين أرادوا الإصلاح بالكنس وكان لهم ما زاد، وكذلك إن كان لأحدهم نخل يسيرة وفي نصيبه ما يكفيه ولا يكفي الآخر فيصلح من لا يكفيه، ويكون أحق بالفضل إلا أن يعطيه الآخر ما أنفق،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/١٨.

(٢) في (ف): (ابن القاسم).

فإن كانت بئر ماشية، كان الشريك والأجنبيون في ذلك الفضل سواء[(١)].

وقد اختلف في هذين الموضعين، هل يجبر من أبى الإصلاح؟ والثاني: إذا أصلح أحدهم هل يكون أحق بجملة الماء؟

فقال مالك وابن القاسم: لا يجبر[(٢)]، وقال أشهب في مدونته: إن كانت النفقة يسيرة جبر، وإن كان في مائهم ماء يكفيهم ولم يخف على الباقي الذهاب إن ترك الكنس لم يجبر[(٣)]؛ فعلى قوله: إذا لم يكن في الماء ما يكفيهم أو خيف ذهاب الباقي إن لم يصلح أجبر، وإن كثرت النفقة، وقال أبو مصعب: إن كان له نخل أو كرم أو أشجار على عين، فانقطع ماؤها فلم يصل إليه من الماء ما يجري لعامر، أجبره السلطان على العمل مع شركائه.

والمسألة في العتبية على أربعة أوجه: **فإما أن يكون** الماء على نخل مثمر أو زرع وهم فيه شركاء لا يستطيعون قسمته،/ **أو يستطاع، أو لا شركة بينهم، أو لا حياة عليه** لا نخل ولا غيره.

(ف) ٢٢/ب

فإن كان عليه نخل مثمر أو زرع هم فيه شركاء، فهذا لا يستطاع قسمته، وإن ترك هلك، فيجبر على أن يصلح مع شركائه أو يبيع نصيبه من الماء والنخل والزرع، ممن يصلح أو يبيع بعض نصيبه ممن يصلح إن كان لا يستطاع القسمة.

وإن كان النخل لا شيء فيه، أو لا شركة بينهما، ولكل واحد نخل أو زرع بانفراده كان فيها قولان:

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧١، ٤٧٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢، ١٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧.

فقال ابن القاسم: لا يجبر من أبى ويقال للآخر: اعمل ولك الماء كله إلا أن يأتي شريكه بما ينوبه من النفقة، قال: بمنزلة الدار بين الشريكين تنهدم.

وقال المخزومي وابن نافع: يجبر على العمل بمنزلة العلو والسفل ينهدم، وإن كان لا حياة عليه لم يجبر[1].

وقول ابن القاسم أحسن، وليس كالعلو والسفل، لأن لصاحب العلو على صاحب[2] السفل حمل العلو، فكان له جبره على إعادة السفل لهذا الوجه، وهذان لا حق لأحدهما على الآخر.

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب في رجلين بينهما دار أو رحى أو حانوت حبساً فخرب، فأراد أحدهما العمل وأبى الآخر: لم يؤمر الذي أبى العمل بالبيع، وقيل للآخر اعمل، واستقل وحدك، فإن أعطى الشريك ما أنفق كان شريكاً معه، ويجعل معه في النفقة أمين، وسَوَّى بين الدار وغيرها[3].

وقال ابن القاسم في الرحى: الغلة كلها للعامل حتى يستوفي ما أنفق، وقال عيسى: الغلة كلها للعامل، وعليه كراء نصيب صاحبه من القاعة والأنقاض، وقال ابن دينار: للعامل من الغلة بقدر ما أنفق، وبقدر ما كان له فيها قبل أن ينفق، وللذي لم يعمل بقدر ماله من القاعة، وما بقي له من الحجارة وغيرها[4]؛ وهذا أقيسها أن يكونا كالشريكين، ومحمل قول مالك: للعامل ما أنفق. على أنه لا تغابن فيه، ولم يتغير سوقه، ولا تغير في نفسه، فإن

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٠/ ٢٤٢.

(٢) قوله: (صاحب) ساقط من (ق٢).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٨٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٨٥، والبيان والتحصيل: ١٠/ ٢٧١.

كان فيه غبن أو حال سوقه بغلاء أو رخص أو تغير في نفسه كانت القيمة يوم يقوم عليه[١] شريكه.

فصل

(ف) ٢٣/أ

[في إصلاح القنوات وكنسها وما يلزم من ذلك]

اختلف في كنس قنوات الديار؛ فقال سحنون: يكنس الأول حتى يبلغ الثاني، ثم الأول والثاني حتى يبلغ الثالث، ثم الأول والثاني والثالث حتى يبلغ الرابع هكذا حتى يبلغ الآخر، لأن الأول ينتفع بها وماؤه يسلكها، وقال يحيى بن عمر في قوم لهم قناة يجري ماء كل قناة على جاره حتى يصل ماؤهم إلى الأم فانسدت قناة أحدهم، فكنس الأول فلم يجر ماؤها في قناة جاره، فقال له اكنس قناتك حتى يجري مائي، وكذلك من بعده ممن يليه، قال: يجبر من انسدت قناته على كنسها حتى يجري[٢] ماء جاره هكذا يلزمهم حتى يخرج ماؤهم إلى الأم التي تخرج إلى الخندق، فإن كنسها على جميعهم ثم ينظر، فإن كان إنما يجري إليها ماء المطر فالكنس على عدد الديار، وإن كانت بالأثفال فالغرم على كثرة العيال[٣]، فلم يجعل بينهم شركة فيما كان قبل أن يخرج إلى الأم، وليس بالبين لأن ما يجتمع من ذلك بمنزلة ما يكون من الأنهار بين البساتين، لأن ما يكون من أول دار في الدرب أو الرائغة[٤] أقل مما يكون من الثانية إلى[٥] الثالثة، فكلما تمادى كثر[٦]، فالثاني يقول للأول: لولا ما يصل من دارك لم يكن عندي إلا مثل ما عندك، والثالث يقول: لولا ما يصل من دارك لم يكن عندي إلا مثل ما عند الأول، ولهذا كان

---

(١) في (ق٢): (على).

(٢) في (ق٢): (يمر).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨، ١٩.

(٤) الرائغة: طريق يعدل ويميل عن الطريق الأعظم. انظر: لسان العرب: ٨/ ٤٣٠.

(٥) في (ق٢): (أو).

(٦) يبدأ من هنا سقط في (ق٢)

ما يخرج إلى الشوارع أمهات واسعة، ويلزم على ما قال يحيى أن يقال هو ليس على أصحاب الدرب والروائغ أن يؤدوا مع أصحاب الشوارع، وهذا ظلم لأن كل واحد يقول لولا ما يصل من/ دار جاري لم يكن من داري إلى من تحته إلا مثل ما يكون من أول دار في الدرب، إلا أني لا أقول إن على كل واحد(١) أن يؤدي مع كل واحد حتى يصل إلى آخر المدينة بالسواء، لأنه لا يدري ما وقف عنده ولا قدر ما أضر به، وأن يجري الأمر على ما اصطلحوا عليه، وتحالوا فيه، وإن كان سفل لرجل وعلوه لآخر وتجتمع الأثفال في بئر السفل، فإن كانت البئر شركة كنس على عدد الجماجم.

واختلف إذا كانت ملكاً لصاحب السفل؛ فقال ابن القاسم وأشهب: ذلك على صاحب السفل، وقال ابن وهب: على أعداد الجماجم(٢).

وهو أحسن، وإصلاح ما فسد من رقبة البئر على صاحب السفل إذا كان لا شركة فيها لصاحب العلو، وإن كان بئر للطهر وهو شركة بينهما كان إصلاحه أو بناؤه إن انهدم عليهما، وإن كانت الرقبة لصاحب السفل كان إصلاحها عليه، وكنس كل ما اجتمع فيه مما ينكسر من الذي يستأنى به عليهما(٣)، فإن كان الكنس لقلة الماء ونقصه مما يجره المياه من الرحل كان على صاحب السفل وهو صاحب البئر، فإن امتنع وتعطل أصلح العلو وكان أحق بمائه، إلا أن يعطيه الآخر ما أنفق.

---

(١) في هامش (ق٦): [الظاهر: (على الأول)]. وهو الموافق لما في نسخة (ف).

(٢) الجمجمة: قدح من خشب والجمع الجماجم. انظر: لسان العرب: ١٢/ ١٠٤. وانظر تفصيل الأقوال في النوادر والزيادات: ١١/ ١٠٧.

(٣) قوله: (وإن كانت الرقبة لها... يستأنى به عليهما) زيادة من (ف).

باب



فيمن أرسل في أرضه ماءً أو ناراً فأهلكت زرع غيره أو أهلكت ناساً



وقال ابن القاسم فيمن أرسل في أرضه ناراً فأحرقت ما في أرض جاره، فإن كانت النار بعيدة أو حملها الريح فلا شيء عليه، وإن كانت قريبة ولا تسلم أرض جاره فهو ضامن، قال: وكذلك الماء، وإن أحرقت ناساً في تلك الأرض كانت ديتهم على عاقلته، ووافقه أشهب في النار وخالفه في الماء، وقال: إن كان الماء يسير بالرد، فأغفل بتسريحه فهو ضامن، وإن كان خدمته الذين تولوا ذلك كان الضمان عليهم، وإن سرحه على احتياط، وفي تسريحه بالجسور فتحامل النار على تلك الجسور من غير خوف من المرسل، ولا في عمل الجسور فلا شيء عليه، وإن كانت أرض جاره مجسرة فتحامل الماء بريح أو بزيادة زادها الله عز وجل فيها فلا شيء عليه[1]، وأرى أن يعتبر في البئر مثل ذلك، فإن لم يكن في وقت إرسالها ريح فحدثت أو كانت فتغيرت إلى الناحية التي أحرقت فلا شيء عليه، وإن كانت الريح إلى تلك الأرض ضمن، لأن الشأن في الريح أنها تحمل النار، وإن بعدت إلا أن تكون بعيدة جداً، وقوله : الدية فيمن مات، فإن ذلك في الموضع الذي يكون فيه الحكم غرم ما أفسد من تلك الأرض، وإن كان الحكم ألا غرم في الزرع لم يغرم ما هلك من الناس.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٥٦.




باب
في إحياء موات الأرض وصفة الإحياء، ومن يصح ذلك منه

الأصل في إحياء موات الأرض قول النبي ﷺ: «**مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا**» أخرجه البخاري[1]، وقوله: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»، وهذا حديث حسن السند ذكره النسائي والترمذي[2].

والإحياء على ثلاثة أوجه: جائز، وممنوع، ومختلف فيه.

وذلك راجع إلى حال تلك الأرض وهي ثلاثة: بعيدة من العمران، وقريبة، وما كان بين الديار.

فما كان بعيداً كان له أن يحييه بغير إذن الإمام، واستحسن مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب أن يكون بقطيعة من السلطان[3]، فإن لم يفعل مضى له.

والأول أحسن؛ لأن النبي ﷺ أباح ذلك من غير قطع ولا مطالعة، فقال: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ**»[4]./ (ف) ٢٣/ب

---

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٨٢٣، في باب من أحيا أرضا مواتا، من كتاب المزارعة، برقم (٢٢١٠).

(٢) سبق تخريجه في كتاب الغصب، وهو في البخاري، والموطأ، والذي عزا له المؤلف هنا أخرجه الترمذي في سننه: ٣/ ٦٦٢، في باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، من كتاب الأحكام، برقم (١٣٧٨)، والنسائي في الكبرى: ٣/ ٤٠٥، في باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد، من كتاب إحياء الموات، برقم (٥٧٦١).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤٩١.

(٤) أخرجه البخاري معلقا: ٢/ ٨٢٢، في باب من أحيا أرضا مواتا، كتاب المزارعة، ومالك في الموطأ: ٢/ ٧٤٣، في باب القضاء في عمارة الموات، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٤).

واختلف فيما قرب من العمران إذا فعل من غير إقطاع الإمام، فقال أشهب: إن فعل مضى، وأحب إليَّ ألا يفعل إلا بإذن السلطان، وقاله أصبغ[١]، وقال مطرف وابن الماجشون: الإمام بالخيار بين أربعة أوجه: إن رأى أن يقره له، أو يقره للمسلمين ويعطيه قيمته منقوضاً، أو يأمره بقلعه، أو يقطعه غيره، ويكون للأول قيمته منقوضاً[٢].

والبعيد ما كان خارجاً عما يحتاجه أهل ذلك العمران من محتطب، ومرعى مما العادة أن الرعاة يبلغونه، ثم يبيتون في منازلهم، ويحتطب المحتطب، ويعود إلى موضعه وما كان من الإحياء في المحتطب والمرعى فهو القريب من العمران -أي: من الديار- فيمنع.

وأرى إذا نزل أن ينظر في ذلك إن كان في بقائه ضرر؛ لأنه ضيق المرعى والمسكن لما كان يسكن بأهله وماشيته، وفي كونه هناك ضرر وفساد لما يعلم من شره وحاله، أو لأنه في غنًى عنه وغير فقير أخرج الأول، وإن كان فقيراً لا يخشى ناحيته ولا يضيق على الناس -كان الإحياء للرعي لا للسكنى فأحيا الشيء اليسير لم ينزع منه، ولو قيل: إذا خرج أن له القيمة قائماً؛ لكان وجهاً؛ لأنه بنى بشبهة، ولقول أشهب: إنه ماض، ولا ينتزع، وقال سحنون في المجموعة: سواء كانت أرض صلح أو عنوة أو أسلم عليها[٣].

يريد: أنه ينظر في القرب والبعد، **وهذا صحيح**، لأن العافي[٤] والبعيد

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠١.

(٤) ينتهي هنا السقط في (ق٢).



خارج عما ينعقد الصلح به[1] أو سلم عليه[2]؛ لأنه لم يكن فيه قبل ذلك منتفع، ولا حِمًى ولا ذب.

واختلف في إحياء أهل الذمة فقال ابن القاسم: ما أحيوا من موات أرض الإسلام فهي لهم، لقول النبي ﷺ: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ**»[3]، إلا أن يكون في جزيرة العرب، لقول النبي ﷺ: «**لاَ يَبْقَيَنَّ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ**»[4]، قال مالك: وجزيرة العرب الحجاز والمدينة ومكة واليمن، قال مطرف وابن الماجشون: فإن فعل أعطي عمارته وأخرج، وإن أعمر في غير ذلك في بعد من العمران فهو له، فأما ما قرب من العمران فيخرج ويعطى قيمته منقوضاً، لأنه ليس للإمام أن يقطعه إياه[5]. وقال أبو الحسن ابن القصار: لا يجوز للإمام أن يأذن لأهل الذمة في إحياء الموات. ولم يفرق بين قريب ولا بعيد.

فصل [في ما يعتبر في الإحياء ويكون به]

والإحياء: الغرس، والبناء -وهو أعلاها-، وقطع الغياض، وتسييل الماء عنها، وإجراء العيون، والحرث، وحفر الأرض، وتعديلها.

وحفر الآبار على وجوه: فإن حفر في أرض ذات غياض، ليقطع من الغيضة ما يسقى بتلك البئر؛ كان ذلك له، وهو كالإحياء للغيضة، ويكون

---

(١) قوله: (به) ساقط من (ق٢).

(٢) قوله: (أو سلم عليه) زيادة من (ق٢).

(٣) سبق تخريجه، ص: ٣٢٨٨.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٥٨٣)، والنسائي في سننه: ٩/ ٢٠٨، في باب لا يسكن أرض الحجاز مشرك، من كتاب الجزية، برقم (١٨٥٣٠).

(٥) انظر تفصيل هذا في النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠٣.

أحق بها بما تسقيه تلك البئر، وإن كانت البئر ليس فيها شعر، فحفر ليزرع أو ليغرس -كان[١] هو أحق بالقدر الذي يسقيه ماء تلك البئر، وإن حفر للماشية ليسكن ذلك الموضع -كان أحق بالقدر الذي يحتاجه للسكنى، وإن كان ليرعى غنمه ويذهب عنه -لم يكن إحياء، وهو أحق بما ترعى غنمه، ومحمل قول ابن القاسم في المدونة: إذا لم يكن الحفر لأجل الكلإ، وإن كان راعياً[٢] بانفراده بغير حفر لم يكن إحياء، ولم يكن أحق به[٣]، وقال أشهب: إذا نزل قوم فرعوا ما حولهم؛ فهم أحق من غيرهم، قال: وذلك إحياء لأنهم رعوا وينتظرون أن يرعوا ورأى أن السبق له حق -وقد تقدم- وليس التحجير إحياء[٤].

وقال أشهب: ولا يكون أولى لأجل التحجير، إلا أن يعلم أنه حجره ليعمله إلى أيام يسيرة حتى يمكنه العمل، وليس ليقطعه عن الناس، ويعمله يوماً ما، قال: ولو حجر كثيراً وعمر منه يسيراً كان كمن حجر يسيراً[٥] أو أخر العمل، فإن كان قوياً على عمله وأخره لأيام تليين الأرض أو لغلاء أجرة[٦] أو لغيره من العذر فذلك له، وإن حجر ما لا يقوى على عمله كان له ما عمل، وشرع الناس فيما لم يعمل[٧].

---

(١) في (ق٢): (فكذلك).

(٢) في (ق٢): (رعيا).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧٣.

(٤) انظر: الاستذكار: ٧/ ١٨٥.

(٥) قوله: (كان كمن حجر يسيراً) ساقط من (ق٦).

(٦) في (ق٦): (أجراء).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠٥.

يريد: إذا لم يقو على عمل الباقي وإلا فيترك له ما يرى أنه يقوى على عمله. وقال مطرف وابن الماشجون: إذا تحجر أرضاً بحيث يجوز الإحياء من موات الأرض فلا يحجر/ ما يضعف عنه، فإن رأى الإمام به قوة على عمارته إلى عامين أو ثلاثة خلاه وإلا أقطعه غيره، قالا: ومن أقطعه الإمام أرضاً على عمارتها ليملكها ليس بشرط العمارة كانت له، وإن عجز عن عمارتها[(١)].

(ف)
٢٤/أ

وروى ابن وهب عن النبي ﷺ أنه أقطع بلال بن الحارث من العقيق ما يصلح للعمل، فلم يعمله، فقال عمر: إن قويت على عمله فاعمله، وإلا أقطعته للناس، فقال له: قد أقطعنيه رسول الله ﷺ، فقال له عمر: إن النبي ﷺ اشترط عليك فيه شرطاً، فأقطعه عمر للناس، ولم يكن بلال اغتل فيه شيئاً.

فصل

[في من أحيا مواتا ثم تركه حتى درس]

واختلف فيمن أحيا مواتاً ثم تركه حتى عفا ودرس، فطال زمانه، وأحياه غيره، فقال مالك في المدونة: هو لمن أحياه آخراً قال: بمنزلة الذي أحياه أول مرة[(٢)].

يريد: أن الذي أحياه قبل هذا وهو الذي أحياه أول مرة قد كان قبله من أحياه أيضاً، قال سحنون: هو للأول، ولا يخرج من يده بتعطيله إياه، وإن عَمَّرَهُ غيره كان الأول أحق به، قال ابن عبدوس: قلت: أَوَلَا يشبه الصيد؛ إذ ندَّ من صائده؟ قال: لا، وقال ابن القاسم: إن كان مختطاً أو

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٥٠٨.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧٣.

بشراء؛ فهي لأهلها، وإن أسلمت[١]. يريد: إذا اشتراها ممن أحياها، ثم درست في يد المشتري؛ لم يكن لغير المشتري، وكذلك لو باعها ممن اقتطعت له قبل أن يحييها، ثم عطلها المشتري- لم تنزع منه، وقد تقدم ذلك في كتاب الصيد.

فصل

[في من تعدى على الطريق بضم بعضه]

وأما ما يكون بين الديار من الرحاب والشوارع فيأخذ أحدهم منه إلى داره[٢]، فإن كان ذلك مما يضر بالمارة وبأهل الموضع مُنِعَ منه[٣]، وإن فعل هدم عليه.

واختلف إذا كان لا يضر فروي عن مالك الجواز، والكراهة[٤]، فإن نزل مضى ولم يهدم، وهو ظاهر[٥] قول ابن القاسم وأصبغ[٦]، وذهب مطرف وابن الماجشون وسحنون إلى المنع وإن تهدم[٧]، واختلف فيه عن أشهب فكرهه

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٧٣. ونصه: قال ابن القاسم: وإنما قول مالك في هذا لمن أحيا في غير أصل كان له، وأما أصول الأرضين إذا كانت للناس تخطط أو تشرى فهي لأهلها، وإن أسلمت فليس لأحد أن يحييها.

(٢) في (ق٦): (عماره).

(٣) قوله: (منه) ساقط من (ق٢).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٤٩.

(٥) قوله: (ظاهر) ساقط من (ق٦).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٤٨، ونص قول أصبغ: وقضى عمر بالأفنية لأرباب الدور فالأفنية دور الدور كلها مقبلها ومدبرها ينتفعون بها ما لم يُضيق طريقاً أو يمنع مارة أو يضر بالمسلمين.
ونص قول ابن القاسم: وأما كل بناء إن انتفع به أهله لم يُضيق على المسلمين شيئاً لسعته فلا بأس بذلك.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٤٩.

مرة، ومنعه أخرى وقال: يهدم[١].

واحتج من قال بالهدم بالحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنِ اقْتَطَعَ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ وَأَفْنِيَتِهِمْ شِبْراً طَوَّقَهُ اللهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ**»[٢]. وأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر بكير حداد في السوق فأمر بهدمه، وقال: يضيقون على الناس.

واحتج من أجازه بحديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «**إِذَا تَشَاحُّوا فِي الطَّرِيقِ فَسَبْعَةَ أَذْرُعٍ**»، أخرجه البخاري ومسلم[٣].

وليس الحديث الأول في الصحيح، ولو صح لكان الحكم الهدم، وأما حديث أبي هريرة فيحتمل أن يكون المراد إذا تشاحوا[٤] في وقت بناء الدار، في الأصل ليس إذا استقر ذلك، وحيزت الطرق بالانتفاع للتصرف وغيره،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٠.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، والذي وقفت عليه في الصحيحين وغيرهما ولفظ البخاري : «من أخذ شبرا من الأرض ظلما فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين» أخرجه في صحيحه : ٣/ ١١٦٨ ، في باب ما جاء في سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق ، برقم (٣٠٢٦)، وأخرجه مسلم : ٣/ ١٢٣٠ ، في باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة، برقم (١٦١٠) وفي الطبراني: «من أخذ من طريق المسلمين شبرا طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين» أخرجه في الصغير: ٢/ ٢٩٧، برقم (١١٩٧)

(٣) قوله: (ومسلم) ساقط من (ق٢)، والحديث متفق عليه ، البخاري :٢/ ٨٧٤، في باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء وهي الرحبة تكون بين الطريق ثم يريد أهلها البنيان فترك منها الطريق سبعة أذرع ، من كتاب المظالم ، برقم (٢٣٤١) ، ومسلم في المساقاة باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه، برقم (١٦١٣) ، ولفظ البخاري : « قضى النبي ﷺ إذا تشاجروا في الطريق بسبعة أذرع».

(٤) في (ق٢): (اختلفوا).

والأمر فيها أشكل؛ لأنه لا يدري هل ترك ذلك الاتساع حين بنيت الديار لانتفاع المارة وغيرهم، فتكون أحباساً لا تغير لجواز الناس عليها، ولأن البيع تداول تلك الديار على أنها على تلك الحال فتهدم على من فعله، أو يكون ترك لما كان له[١] من دواب أو للتحمل أو لحاجة لهم تخصهم، فيجوز لهم تغييرها، وإذا احتمل الوجهين لم يفعل ابتداء، لإمكان أن يكون حبساً، وإن فعل لم يهدم لإمكان أن يكون القصد تركها للناس، ولا يكون المراد لمنافع تخصهم.

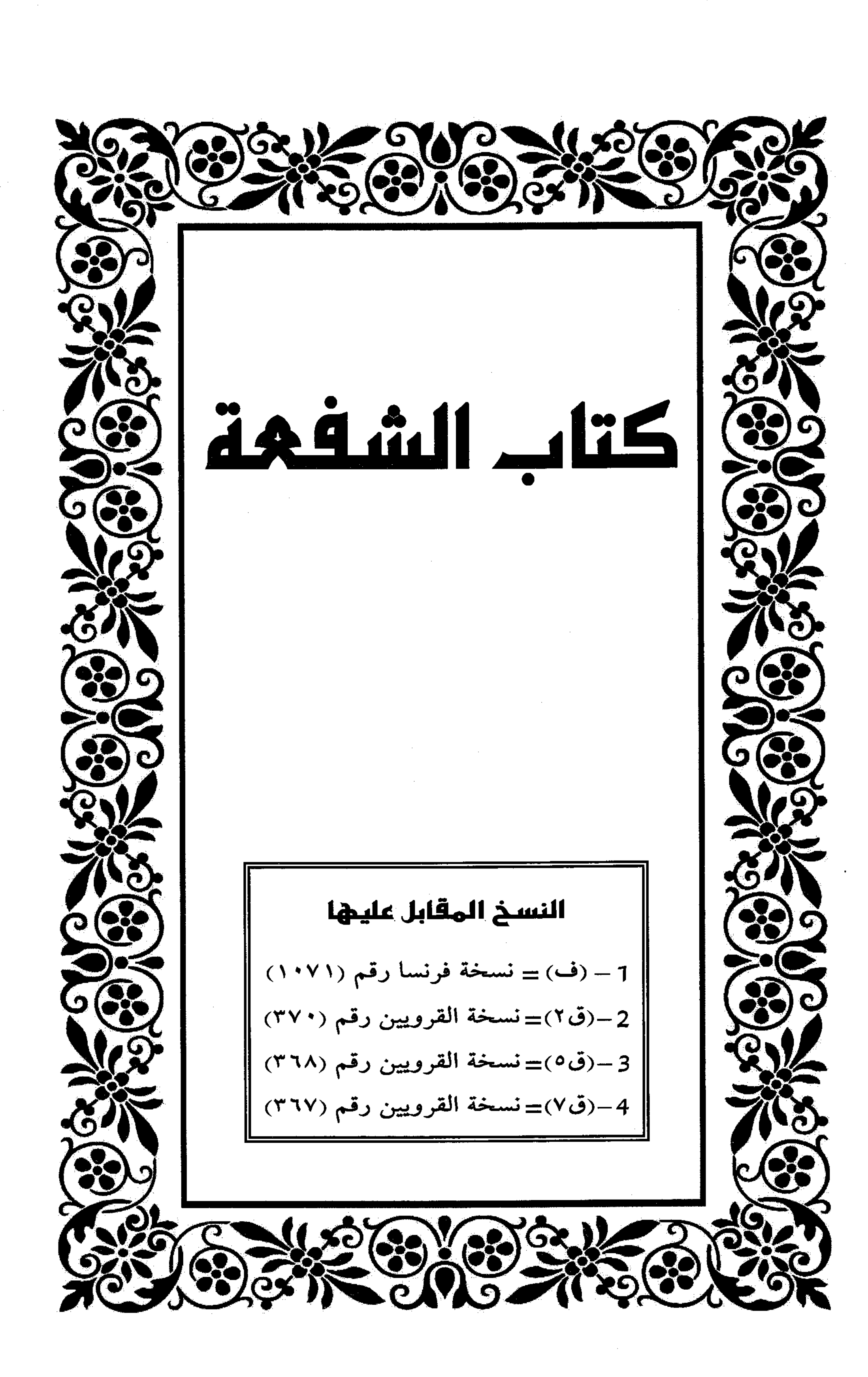
تم كتاب حريم الآبار والأنهار من التبصرة

والحمد لله حق حمده

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ق٦).





كتاب الشفعة

النسخ المقابل عليها

1 - (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

2 - (ق٢) = نسخة القرويين رقم (٣٧٠)

3 - (ق٥) = نسخة القرويين رقم (٣٦٨)

4 - (ق٧) = نسخة القرويين رقم (٣٦٧)



كتاب الشفعة




باب

في الشفعة بين المسلم والذمي

(ف) ٢٤/ب

/ الأصل في الشفعة حديث جابر بن عبد الله، قال: «قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ»، أخرجه البخاري ومسلم(١). وقد تضمن هذا الحديث ثلاثة أحكام(٢): وجوب الشفعة بالشرك، وسقوطها بالجوار؛ لأنه بعد المقاسمة جار، وأن الشفعة في الرباع دون العروض والحيوان.

وفي مسلم قال جابر: «قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقْسَمْ رَبْعٌ أَوْ حَائِطٌ لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ»(٣)، فجعل الشفعة قبل البيع وبهذا أُخِذَ.

فصل

[في الشفعة بين المسلم والذمي]

وإذا كانت دار بين مسلم ونصراني، فباع المسلم نصيبه من مسلم كانت للنصراني الشفعة(٤).

واختلف إذا باع المسلم نصيبه من نصراني، فقال في المدونة: له الشفعة،

---

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٧٨٧، في باب الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، من كتاب الشفعة، برقم (٢١٣٨)، ومسلم: ٣/ ١٢٢٩، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم(١٦٠٨)وفيه زيادة واللفظ للبخاري.

(٢) قوله: (أحكام) سقط من (ق٢).

(٣) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٢٩، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم (١٦٠٨).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٣.

وقال أيضاً: لا يحكم بينهم[١]، وهو أحسن؛ لأن الآخذ والمأخوذ منه نصرانيان، والشفعة من شريعة المسلمين؛ ليس من شريعتهم، فلم يقض بينهم فيها؛ لأنها ليست من المظالم[٢] عندهم، إلا أن يترجح في ذلك للخلاف أن الشفعة وجبت على المسلم البائع قبل البيع، وإن باع النصراني نصيبه من مسلم أو نصراني كانت للمسلم الشفعة.

واختلف إذا باع من نصراني بخمر بماذا يستشفع؟[٣] فقال أشهب بقيمة الشقص، وقال محمد بن عبد الحكم ويحيى بن عمر: بقيمة الخمر[٤]، وهو أحسن، وليس ذلك بمنزلة استهلاك الخمر؛ لأنَّ البائع والمشتري ممن يجوز لهما أن يتبايعا بها[٥]، وقد أعطوا الذمة على ذلك، وقد قال ابن القاسم: لو أخذ بها[٦] بعضهم لبعض أو أفسدها حكم بينهم؛ لأنها من أموالهم[٧]، وإذا كان ذلك[٨] لم أردهما[٩] إلى قيمة الشقص؛ لأن فيها[١٠] ضرراً على المشتري إن كانت[١١] قيمتها أكثر، وعلى الشفيع إن كانت قيمتها[١٢] أقل.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٣، والنوادر والزيادات: ١١/ ٢٠١.

(٢) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (التظالم).

(٣) في (ق٧): (يأخذ الشفعة الشفيع).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠١.

(٥) قوله: (يتبايعا بها) يقابله في (ق٧): (يتبايعها) و(ق٢): يبتاعاها.

(٦) قوله: (لو أخذ بها) يقابله في (ق٢): (إذا أخذها).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠١.

(٨) قوله: (وقد قال ابن القاسم لو أخذ بها بعضهم لبعض أو أفسدها حكم بينهم لأنها من أموالهم وإذا كان ذلك) سقط من (ق٧).

(٩) في (ق٢): (أردها).

(١٠) في (ق٧) و(ق١١): (فيه).

(١١) في (ف): (إن تكن).

(١٢) زاد بعده في (ق٧): (أضر على الشفيع إن كانت قيمتها).




باب
في تشافع الورثة والشركاء

وقال مالك في رجلٍ هلك وخلف ولدا: ثلاثة بنين[١]. ثم مات أحدهم عن ثلاثة من الولد، فإن باع أحد الأعمام نصيبه كانت الشفعة لأخيه ولبني أخيه، وإن باع أحد من[٢] بني الأخ كانت الشفعة لهم دون الأعمام[٣]، فإن سلموا كانت الشفعة للأعمام.

وقال أبو الحسن ابن القصار: واختلفت الرواية عن مالك فقال: الأخ أولى بما باعه أخوه من العم. وقال: كل من له ملك في ذلك الشيء فله حقه من الشفعة فيما يبيعه أحد الشركاء. قال: وهو القياس[٤]، وساوى بين الورثة والشركاء في ذلك، ولا تخلو الدار من ثلاثة أقسام: إما أن تنقسم أتساعاً، أو أثلاثاً، أو لا تنقسم بحال؛ فإن كانت تنقسم أتساعاً كان الجواب على ما قاله ابن القاسم عنه؛ لأن الدار تنقسم قسمين تقسم أولا أثلاثاً، فإذا صار إلى بني الابن[٥] ثلثهم قسموه أثلاثاً كدار قائمة بنفسها، فبعضهم أحق بدفع الضرر ممن لا يصير له في ذلك الثلث شرك، وإن كان لا تنقسم بحال أثلاثاً ولا أتساعاً كانت الشفعة لجميع[٦] من له فيها شرك بوراثة أو غيرها؛ لأن الأصل فيما جعلت له الشفعة مما[٧] لا ينقسم خوف أن يدعو المشتري إلى البيع فتخرج

---

(١) قوله: (البنين) سقط من (ق٧).
(٢) قوله: (من) زيادة من (ف).
(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٣.
(٤) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٧٦٥، ١٧٦٦.
(٥) في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (البنين).
(٦) في (ق٧): (بجميع).
(٧) في غير (ف): (فيما).

الدار من أملاكهم، ومضرة خروج الملك من العقار أشد من مضرة المقاسمة، وإن كانت الدار تنقسم أثلاثاً خاصة فباع أحد الأعمام كانت الشفعة لجميعهم؛ لأنَّ بني الأخ[1]/ شركتهم مع أعمامهم فيما ينقسم، وإن باع أحد بني الإخوة كان فيها قولان؛ فعلى أحد قولي مالك أن الشفعة فيما لا ينقسم يتشافعون دون أعمامهم، وعلى قوله لا شفعة فيما ينقسم تكون الشفعة للأعمام دون بني الإخوة؛ لأنَّ الأعمام يقولون: نحن نشفع فيما يحتمل القسمة، ولا شفعة لبعضكم على بعض؛ لأنَّ نصيبكم لا يحتمل القسمة[2]، ولو كانت الدار فيها شركة بغير وراثة ووراثة بعد وراثة، فعلى قوله في المدونة: إن باع أحد الورثة السفلى كانت الشفعة به لبقيتهم[3]، فإن سلموا كانت لأهل الوراثة الأولى، فإن سلموا كانت للشركاء، وإن باع أحد الورثة الأولى كانت الشفعة لجميعهم الأولى[4] والآخرة، فإن سلموا كانت الشفعة للشركاء، فإن باع أحد[5] الشركاء كانت الشفعة لجميعهم لبقية الشركاء ولأهل الوراثتين[6]، وعلى الرواية الأخرى: الشفعة شركة بين جميعهم؛ الشركاء وأهل الوراثتين كان البيع من بعض[7] الشركاء أو الوراثة الأولى والآخرة، وأرى أن[8] تعتبر صفة القسمة[9] فيها هل ينقسم النصف أتساعاً أو أثلاثاً أو لا ينقسم إلا نصفين على أصل الشركة قبل الوراثة أو لا ينقسم بحال،

(ف) ٢٥/أ

---

(١) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (الإخوة).

(٢) قوله: (يحمل القسم) يقابله في (ف): (يحتمل القسمة).

(٣) في (ق٧): (بينهم).

(٤) قوله: (كانت الشفعة لجميعهم الأولى) زيادة من (ف).

(٥) قوله: (أحد) سقط من (ف).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٤ وما بعدها.

(٧) في (ف): (أحد).

(٨) قوله: (أن) سقط من (ق٧).

(٩) قوله: (صفة القسمة) يقابله في (ق٧): (صفقة القسم).

فكل موضع يكون للمشتري أن يدعو إلى القسمة فإنه يستشفع منه، وكل موضع لا يكون له أن يدعو إلى القسمة، وله أن يدعو إلى البيع، فإنه يختلف هل تكون[١] له شفعة أم لا؟ وكل موضع ليس له أن يدعو إلى القسمة ولا إلى البيع، فلا شفعة له؛ وذلك أن تكون داراً لا تنقسم، وإن باع هذا نصيبه على الانفراد لم ينقص عن بيع الجملة، ولو كانت داراً بين ثلاثة؛ لأحدهم النصف وللاثنين النصف، والدار تنقسم نصفين ولا تنقسم أرباعاً، فإن باع صاحب النصف استشفع الاثنان، وإن باع أحد الاثنين كانت الشفعة على أحد قولي مالك لصاحب الربع، وعلى القول الآخر لصاحب[٢] النصف دونه.

وقال ابن القاسم في شركاء ثلاثة في دارٍ باع أحدهم نصيبه من ثلاثة، ثم باع أحدُ هؤلاء الثلاثة نصيبه[٣] من ذلك الثلث إن الشفعة[٤] لجميعهم[٥].

وقال أشهب: الشفعة لبقية أصحاب الثلث[٦]، ورأى[٧] أن الشركة بميراث أو غيره سواء، وهو أبين، وإنما يراعي صفة القسم[٨].

---

(١) قوله: (تكون) سقط من (ق٧).

(٢) قوله: (الربع وعلى القول الآخر لصاحب) سقط من (ق٧).

(٣) في (ق٧): (نصيبهم).

(٤) في (ق٢): (المنفعة).

(٥) انظر: الاستذكار، لابن عبد البر: ٧/ ٧٦.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٥٤.

(٧) في (ف): (وأرى).

(٨) قوله: (وهو أبين وإنما يراعي صفة القسم) سقط من (ق٧).

فصل

[في الشفعة بين ورثةٍ مختلفي المنازل]

وإذا كانت الدار في أيديهم بوراثة واحدة إلا أنهم[١] مختلفو المنازل؛ زوجات وبنات وجدات وعصبة، فإن باعت إحدى الزوجات كانت الشفعة لبقيتهن، فإن سلمن كانت الشفعة لجميع الورثة أهل السهام الآخرين وغيرهم، فإن باعت إحدى البنات كانت الشفعة لبقيتهن، فإن سلمن كانت الشفعة لبقية[٢] الورثة؛ الزوجات والجدات والعصبة، واختلف إذا باع أحد العصبة؛ فقال مالك مرة: لأهل السهام؛ الشفعة لبقيتهم، وقال أيضاً: الشفعة لجميع الورثة[٣]، ومثله إذا خلف بنات وأخوات، فإن باعت إحدى البنات كانت الشفعة لبقيتهنَّ، فإن سلمن كانت للأخوات.

واختلف إذا باعت إحدى الأخوات هل تكون الشفعة لبقيتهن أو لجميع الأخوات والبنات؛ لأن الأخوات هاهنا عصبة البنات[٤]؟ فعلى القول إنّهن كأهل سهم يكون من حق البنات أن تقسم الدار أثلاثاً، ثم يقسم الأخوات بينهن إن كن ثلاثاً[٥] أثلاثاً، وعلى القول الآخر يكون من حق الأخوات أن يقسم من الأول أتساعاً.

واختلف عنه أيضاً إذا أوصى الميت بثلثه لثلاثة نفر هل يكون الموصى لهم

---

(١) قوله: (إلا أنهم) بياض في (ف).

(٢) في (ف): (لجميع).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٣، ٢١٤، والنوادر والزيادات: ١١/ ١٥١.

(٤) قوله: (البنات) زيادة من (ف).

(٥) قوله: (ثلاثا) سقط من (ق٧).

كأهل سهم، والقول إنهم يتشافعون دون الورثة أحسن؛ لأنَّ الميت شرك بينهم في الثلث[١]، ومن حقِّ الورثة أن يعزل عنهم ثلث الميت/ جملة، ولا ينقص، وإذا لم يكن للموصى لهم أن يقتسموا تركة الميت على أقلهم سهماً؛ وإنما يعطون الثلث يقتسمونه بينهم كانوا أهل سهم يتشافعون فيما باعه بعضهم دون الورثة، وقال ابن القاسم: إذا كانت أخت شقيقة وأخوات لأب فباعت إحدى الأخوات للأب كانت الشفعة لجميعهن، وقال أشهب في كتاب محمد: الشفعة لبقية الأخوات للأب خاصة، فإن سلمن كانت للأخت الشقيقة؛ لأنَّ لهن السدس[٢]، وهو أحسن؛ لأنَّ من حق الأخت للأب والأم أن يقسم لها من الأول[٣] نصف، ثم يقسمن أولئك بينهن السدس، فهو سهم يسلم إليهن، وهذا إذا كان السدس يحمل القسم[٤].

(ف ٢٥/ب)

فصل

[في الشفعة بين الورثة والموصى له بشراء شيء من الميراث]

وإذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث يحمله - لم يكن للورثة فيه الشفعة؛ لأنَّ قصد الميت أن يُمَلِّكَهُ إيَّاه، فالشفعة ردٌّ لوصيته، وجعل سحنون الجواب فيه إذا أوصى ببيع نصيب ليصرف ثمنه في المساكين كذلك؛ لا شفعة للورثة فيه، قال: إذا كأن الميت باعه[٥]، والقياس أن يستشفع؛

---

(١) قوله: (شرك بينهم في الثلث) يقابله في (ق٧) و(ق٢): (شريك لهم بالثلث).

(٢) قوله: (لأن لهن السدس) سقط من (ق٧)، وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٥٠.

(٣) في (ق٧): (الأولى).

(٤) في (ق٧): (السدس).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠٠.

لأن الميت أخر البيع لبَعدِ الموت، ولوقت لم يقع البيع إلا بعد ثبات الشركة، ولو أوصى أن يباع من رجلٍ بعينه، والشريك أجنبيٌّ -كانت فيه الشفعة.

وفي المجموعة في ميت لَحِقَهُ دين فباع الإمام أرضه من آخر[1]، فقال أحد الورثة بعد البيع: أنا[2] أؤدي من الدين بقدر ما عليَّ وآخذ نصيب شركائي بالشفعة؛ إن ذلك له إذا كان في بقية ما يباع من الأرض تمام الدين[3]، وقاله ابن كنانة في كتاب المدنيين إذا كان في الباقي ما إذا[4] بيع وفى ببقية الدين، قال: ولو قال بقية الورثة: يباع جميعه؛ لأنَّ لنا فيه فضلاً، لم يكن ذلك لهم، قال: وإن لم يكن الباقي يوفي بالدين بيع جميعه؛ لأنَّه أثمن لهم، وقال ابن القاسم مثله، قال عيسى بن دينار: وهذا أحب ما فيه إليَّ. ولم يراع نقص الثمن بين الورثة إذا وفى بالدين، وهذا أصل في كل شريكين في كل ما[5] لا ينقسم، فدعا أحدهما إلى البيع أنه يبيع نصيبه خاصة، وإن كان بيع الجملة أثمن، وقال ابن القاسم في المدونة في كتاب القسم فيما كان يحمل القسم إنه يقسم، وإن كان أبخس في الثمن أو أدى إلى فساد اقتسم، وفساد المقتسم أعظم مضرة[6] من نقص الثمن في بيع أحدهما نصيبه بانفراده[7].

---

(١) في (ق٢): (مزايدة).

(٢) في (ق٧): (إذاً).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠٠، ٢٠١.

(٤) قوله: (إذا) زيادة من (ف).

(٥) في (ق٢): (فيما).

(٦) في (ق٧): (مرة).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٢٧٣.

باب



في قسمة الشفعة، وهل تقسم على قدر الأنصباء أو على عدد[1] الرءوس؟



قال مالك: تقسم الشفعة على قدر الأنصباء[2]. قال محمد: بمنزلة العبد بين الشركاء[3] يكون[4] لأحدهم نصفه ولآخر سدسه ولآخر ثلثه، فأعتق صاحب النصف والسدس معاً، فإنه يقوّم عليهما أرباعاً، وقد اختلف في ذلك؛ فقال ابن الماجشون: يقوم عليهما بالسواء[5]؛ لأنه لو كان الكثير النصيب معسراً لقوم جميع الرقيق منه على القليل النصيب. وعلى هذا تكون الشفعة على العدد؛ لأنَّ القليل النصيب لو انفرد لكان له جميع الشفعة، فإن القليلَ النصيب يقول لصاحبه: هذا حق أينا خلا به كان له جميعه، ولو انفردت أنا به لم يحط لقلة نصيبي، وأيضاً فإن الشفعة لرفع مضرة القسم، ومعلوم أن المضرةَ التي تلحق القليل النصيب عند المقاسمة أكثر، وهذا إذا كانت الشفعة[6] فيما ينقسم، فإن كانت فيما لا ينقسم وحكم بالشفعة فيه كانت على العدد/ ولم يراع الأنصباء[7]، لأنها إنما[8] جعلت لما يلحق من المضرة متى دعا المشتري إلى البيع، وذلك مما يستوي فيه القليل النصيب والكثير.

(ف) ٢٦/أ

---

(١) قوله: (عدد) سقط من (ق٢).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٥.

(٣) في (ق٢): (الشريكين).

(٤) قوله: (يكون) زيادة من (ق٢).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٨٨.

(٦) قوله: (الشفعة) سقط من (ق٢).

(٧) في (ق٧): (ولم تكن على الأنصباء).

(٨) قوله: (إنما) زيادة من (ق٧).

باب



هل تجب الشفعة بالشركة في الساحة والطريق؟



وإذا كانت دار بين أشراك اقتسموا بيوتها دون ما لها من حق في ساحة وبئر وماجِل(١) وطريق، ثم باع أحدهم ما صار له من البيوت بجميع حقوقه مما لم يقسم(٢) لم يستشفع ما قسم بالشركة فيما لم يقسم، ولا تستشفع الساحة والبئر والماجل والطريق لأجل بقاء الشريك فيها؛ لأنها من شفعة ما قسم ومصلحته، فإن باع نصيبه من الساحة والبئر والماجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت؛ لأنَّ في ذلك زيادة مضرة، وإن كان قد أسقط تصرفه من عندهم وجميع بيوته إلى حقٍّ آخر(٣) جاز ذلك، وكان لبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم، وإن كان بيعه من غير أهل تلك الدار كان لهم أن يردوا بيعه؛ لأنَّ ضرر الساكن أخف من ضرر من ليس بساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه، ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا، وقال أبو الحسن ابن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم مثل الحمام والبئر والرحبة والطريق(٤)، ولم يبين كيف كان صفة البيع وموضع الفقه فيه ما تقدم ذكره.

---

(١) الماجِل: كلُّ ماءٍ في أصْلِ جَبلٍ أو وادٍ، انظر: القاموس المحيط: ١/ ١٣٦٥، الماجِل والمأْجَل: مُسْتَنْقَع الماء. انظر: لسان العرب: ١١/ ٦١٦.

(٢) في (ق٢): (ينقسم).

(٣) قوله: (وفتح لها من دار أخرى فإن كان بيعه من أهل الدار) ساقط من (ف).

(٤) انظر: عيون المجالس: ٤/ ١٧٧٢، ١٧٧٣.




باب
فيما تجب فيه الشفعة وما تسقط منه

قال مالك: لا شفعة إلا في الدور والأرضين والنخل والثمرة، ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ولا بَزٍّ[1].

قال الشيخ: الشفعة تجب بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون البيع في أحد هذه الأصناف التي قال مالك: إنها تجب فيه.

والثاني: أن يكون البيع قبل القسم.

والثالث: أن يكون فيما يحمل القسم من[2] غير ضرر، فإن وقع البيع بعد المقاسمة لم تجب قولاً واحداً.

واختلف في الشفعة: **فيما لا يجوز التراضي** بقسمته كالنخلة الواحدة والشجرة، وفي فحل النخل إذا بيع بانفراده.

والثاني: ما لا يحمل القسم إلا على ضرورة وفساد؛ كالحمام، والدار اللصيقة[3].

والثالث: الساحة والطريق والجدار، وإن حمل القسم إذا بيع بعد قسمة الأصول.

والرابع: الأنقاض إذا بيعت بغير أرض.

والخامس: الماجل والبئر والعين إذا لم يكن عليها جنات أو كانت عليها جنات وقسمت وبيعت بانفرادها.

---

(١) في (ق٧): (بر)، وانظر: المدونة: ٤/ ٢١٦.

(٢) قوله: (القسم من) يقابله في (ق٧): (من القسم).

(٣) في (ف): (اللطيفة)، والدار اللصيقة: أي المتصلة البيوت التي ليس بين بيوتها شيء..

والسادس: الثمار[١] إذا بيعت مع الأصول، أو بانفرادها، والزرع إذا بيع مع الأصل والمساقاة،

والسابع: رحى الماء[٢]، ورحى الدواب إذا بيعت بانفرادها أو مع الأرض[٣] ويختلف كُلُّ هذا في رقيق الحائط ودوابه إذا بيعت مع الأصل أو بانفرادها.

والثامن: المساقاة.

والتاسع: بيع منافع ما فيه شفعة، وهو الكراء.

والعاشر: استشفاع ما يوصي الميت ببيعه إذا أوصى ببيع جزء غير[٤] معين، وقد تقدم[٥] ذلك.

والحادي عشر: ما كان خروجه عن يد مالكه على وجه الهبة والصدقة.

والثاني عشر: شفعة من كان شريكه بغير البلد الذي فيه البيع، فقال مالك في النخلة والشجرة الواحدة: لا شفعة[٦]. وقال محمد: إنما جعلت الشفعة لخوف وقوع السهم في ضيق الأجزاء، أو تغير البنيان وقطع الرِّجل[٧] وضيق الممر، وتضييق الواسع وخراب العامر، فكل ما لا يقع فيه القسم من كلِّ شيءٍ فلا شفعة فيه، إذ لا تقع فيه الحدود، قال: ولو كانت الشفعة/ إنما هي للأذى

(ف) ٢٦/ب

(١) في (ق٧): (من الثمار).

(٢) زاد في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (إذا بيعت).

(٣) في (ق٢): (الأصل).

(٤) في (ق٧): (لغير).

(٥) في (ق٢): (تفرق).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٤.

(٧) في (ق٧) و(ق٢): (الرحاب)

أو الضرر الذي يقع من الشركاء لكانت في الجارية التي هي فرج، والشرك[١] فيها ضرر، وقال عبد الملك وأشهب وأصبغ في كتاب ابن حبيب: في النخلة والشجرة الشفعة[٢].

واختلف عن مالك في الدار التي لا تنقسم[٣]، وهذا إنما يحسن إذا كان لهذا المشتري أن يدعو إلى بيع جميع الدار بعد ذلك، وأما على القول إن من اشترى نصيباً بانفراده ليس له أن يدعو إلى بيع جميع الدار[٤] لا يكون للآخر عليه شفعة، وكذلك إذا كانت تلك الدار إن بيع ذلك النصيب بانفراد لا يزيد على بيع الجميع فلا شفعة؛ لأنه ليس للمشتري[٥] أن يدعو إلى بيع الجميع، ومثله إذا كان بيع الجميع أثمن، وقال المشتري: الآن أنا أسقط مقالي في ذلك ولا أدعوك إلى بيع الجميع، ومتى أردت البيع بعت نصيبي فلا شفعة له إلا أن يقال إن الشفعة لدفع ما يكون من الضرر في طول أمد الشركة؛ ولأنه لا يقدر على إصلاح ولا جذاذ[٦] ولا حرث إلا برضا صاحبه وحضوره، وقال مالك في المدونة: في الحمام الشفعة[٧]. وقال ابن الماجشون: لا شفعة فيه[٨]، وهذا اختلاف من قوله الأول في النخلة، ولا فرق أيضاً بين الحمام والدار، فكل ما لا يحمل القسم من دار أو حمام أو حانوت إلا على فساد أو على خروجه عن

---

(١) في (ف): (والشريك).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١١٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٤٧.

(٤) في (ف): (الجميع).

(٥) قوله: (لأنه ليس للمشتري) يقابله في (ف): (للمشتري وليس له).

(٦) في (ف): (إحداث).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٠.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١١٥.

الوجه الذي كان يُراد له، فإن الخلاف في قسمه وفي استشفاعه، واختلف عن مالك في قسمته[١] فعلى قوله بجواز القسم تجب الشفعة، وعلى القول بمنع القسم يختلف في الشفعة، وقد تقدم القول في الساحة والطريق، وأما الجدار[٢] يكون بين الدارين فيبيع أحدهما داره بما يستحقه من ذلك الجدار، فقال ابن القاسم[٣]: فيه الشفعة[٤]، وعلى أصل أشهب لا شفعة فيه؛ لأنه منع أن يقسم، وإن حمله القسم، وقال: يبقى مرتفقاً بينهما[٥] يحمل كل واحد منهما[٦] عليه خشبة، ويضرب وتده، وكذلك قال في الماجل يبقى شركة، وقد اقتسما ما سواه: إنه يبقى مرتفقا لهما ولا يقسم، وإن حمل القسم ولا شفعة فيه[٧].

فصل

[في المناقلة]

واختلف في المناقلة على ثلاثة أقوال، فقال ابن القاسم في العتبية في من باع نصف أرضه بأرض أخرى وبزيادة دنانير: فيه الشفعة[٨].

قال[٩]: وقال بعض أصحابنا إنه كان من قول مالك وغيره من المدنيين أنه

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣٠٧، والنوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٤، ٢٢٥.

(٢) قوله: (وقد تقدم... وأما الجدار) سقط من (ق٢).

(٣) قوله: (ابن القاسم) يقابله في (ق٧): (مالك).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥٩.

(٥) في (ق٧): (لهما).

(٦) قوله: (منهما) زيادة من (ق٧).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٢٥.

(٨) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٥٥.

(٩) قوله: (قال) سقط من (ق٧).

إن علم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد البيع فلا شفعة له[١] لأنه لم يكن يرضى أن يخرج من داره، ويبقى لا دار له، وقال مطرف وابن الماجشون: إنما قال مالك: لا شفعة أن تكون داران أو حائطان بين أشراك فيناقل أحدهم بعض أشراكه حصته من هذه الدار بحصته من الدار الأخرى أو الحائط، فيجتمع حظ كل واحد منهم في شيء واحد؛ لأنه إنما أراد توسعة حظه[٢] وجمعه، وأمَّا إن ناقل بنصيبه من دار بنصيبه من دار[٣] أخرى لا نصيب له فيها ففيها الشفعة، ناقل[٤] بعض أشراكه أو أجنبياً بذلك، وقد كان ابن القاسم يروي عن مالك أن في ذلك كله[٥] الشفعة[٦].

قال الشيخ: أما المناقلة ليجمع نصيبه فالقول ألا شفعة أحسن؛ لأن الأصل أن كل ذي ملك أحق بملكه، وورد الحديث بالشفعة[٧] لتغليب أحد الضررين، وأن يعاد إلى المشتري مثل دنانيره، وخصت الرباع بذلك؛ لأنَّ المضرة فيها أشدُّ، فإذا خرج من ربعه وعقاره ليرفع مضرة من ربع آخر كان أحق بما دفع[٨] المضرة[٩]، وبما خرج من ملكه لأجله، وكذلك إذا أخذ نصيباً

---

(١) قوله: (له) سقط من (ق٧).

(٢) في (ف): (حقه).

(٣) قوله: (بنصيبه من دار) سقط من (ق٧).

(٤) في (ق٢): (عامل).

(٥) قوله: (كله) سقط من (ف).

(٦) وزاد بعده في (ق٧): (بنصيب)، وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١١٧، ١١٨.

(٧) إشارة إلى حديثي البخاري ومسلم وقد خرجا في موضعهما في بداية كتاب الشفعة.

(٨) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (رفع).

(٩) زاد في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (منه).

من دار لا شرك له[١] فيها، والأمر في الأول أبين، وقال ابن شعبان: فيمن[٢] قال من الصدر الأول: لا شفعة لشريك في مشاع لا يسكن حيث الانتفاع من أجل أن الشفعة تصيب[٣]/ من له [٤] واطئة الرجل[٥]، قال: وروي ذلك عن مالك أيضاً، وقاله الشعبي فعلى هذا لا تجب الشفعة في الحمام ولا في الفندق ولا في الفرن ولا في كل[٦] شيء يراد للغلة ولا يسكن.

(ف) ٢٧/أ

(١) قوله: (له) سقط من (ق٧).

(٢) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (من).

(٣) في (ق٧): (قضيت).

(٤) زاد بعده في (ف): (قطع واطئة).

(٥) في (ق٧): (الرحاب).

(٦) قوله: (كل) سقط من (ف).

باب
في الشفعة في الأنقاض

ومن المدونة قال ابن القاسم في رجل أذن لرجلين أن يبنيا في عرصته، فبنيا ثم باع أحدهما حصته[١] من النقض، قال: إن أحب صاحب العرصة أن يأخذ النقض بالقيمة أخذ ولم ينظر إلى ما بيع به النقض، وإن كان أكثر من قيمته لأنه لو أراد أن يأخذ النقض بالقيمة كان ذلك له إلا أن تكون القيمة أكثر فيأخذه بما بيع به[٢]؛ لأن البائع رضي بذلك، فإن أبى رب الأرض أن يأخذه، فالشريك أولى من المشتري؛ لأن مالكاً قال في الشركاء الذين بنوا في الحبس، فباع بعضهم إن لهم الشفعة؛ لأن ذلك يدخل على الباقي منهم إذا نزعه صاحب الأرض مضرة إذا صار يهدم نصف كل بيت[٣]، وقال مالك في رجل أذن لرجل أن يبني في عرصته فبنى ثم أراد الخروج إن صاحب العرصة بالخيار إن أحب أخذه بالقيمة، وإن أبى أسلمه[٤].

قال الشيخ: شراء الأنقاض على وجهين:

أحدهما: أن يكون لرجل دار فيبيع نقضها دون أرضها.

والثاني: أن تكون الأرض لرجل، والأنقاض لآخر، وقد أعارها إلى أجل، وانقضى ذلك الأجل، فاختلف في البيع في هذين السؤالين هل هو صحيح أو فاسد، وقد ورد في شبه ذلك ثلاث سؤالات:

---

(١) في (ق٢): (نصيبه).

(٢) قوله: (به) سقط من (ق٧).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٦.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٦.

أحدها: إذا بيع شقص فيه شفعة، **والثاني**: إذا أعتق شقصاً من عبد وهو موسر، ثم باع الآخر نصيبه[١]، **والثالث**: شراء الأنقاض، فأجيز بيع الشقص بعبد أو بعرض، وإن كان المشتري لا يدري هل تسلم الشفعة فيتم البيع أو يأخذ بقيمته، والقيمة لا يدري ما هي إلا بعد، لما كانت الشفعة بعد[٢] انعقاد البيع على المشتري، ولم يجب على البائع شيء، ومنع بيع الشقص إذا كان المعتق موسراً؛ لأنَّ القيمة وجبت للبائع قبل البيع، وإنما باع بالثمن الذي أخذ من المشتري منه[٣] القيمة التي وجبت له، وهو لا يدري ما هي، وإن باع بدنانير، والقيمة دنانير كان غرراً وربا تارة إن كانت القيمة أكثر من الثمن، وإن باع بدراهم دخله الصرف المستأخر والغرر لا يفارقه في الوجهين جميعاً وإن باع بعروض كان غرراً.

واختلف عنه في بيع النقض[٤] فأجازه مرة -بخلاف بيع الشقص من العبد لما كان لصاحب الأرض أن يأخذه من المشتري بالقيمة فأشبه الشفعة- ومنعه مرة[٥]، وإذا سلم أن البيع جائز فإن لصاحب الأرض أن يرد البيع ويأخذه من الأول بقيمته مقلوعاً يوم الحكم، وله أن يأخذه بالثمن إن كان الثمن أقل من القيمة لأن البائع رضي به، لأنه يقول لو علمت بذلك -وقد وقف على هذا قبل[٦] أن ينعقد[٧] البيع- ....

(١) انظر تفصيل المسألة في المدونة: ٢/ ٤١٩.

(٢) في (ف): (بغير).

(٣) في (ق٢): (فتلزم).

(٤) في (ف): (الشقص).

(٥) زاد بعده في (ق٢): (من الأول). وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٧.

(٦) في (ق٧): (ثمن).

(٧) في (ق٢): (ينفذ). وفي (ق٧): (تنقل).

لأخذت به[١]، وتكتب العهدة عليه، لأنه استحق الأخذ بذلك، قبل إنفاذ البيع بخلاف الشفعة؛ لأنها لا تستحق إلا بعد تمام البيع لأن للمشتري أن يقول: إنما اشتريت لغرض لي في عين ذلك، فإذا كان فيه مقال وحق لغير البائع كان ذلك عيباً عليَّ[٢]، فأنا أرد بذلك العيب، ويأخذه مني البائع إن شئت، ولا خلاف في هذين الوجهين.

واختلف إذا أجاز البيع، وأحب أن يأخذ من المشتري على ثلاثة أقوال، فقيل: له أن يأخذه بالثمن كالشفعة ويكتب العهدة على المشتري، وهو قول ابن القاسم في من باع نخلاً على القلع ثم اشترى الأرض فقال مرة: يأخذه بقيمته، وقال أشهب: للمشتري أن يقلع النخل/ ولا شيء لصاحب الأرض لأنه إذا أجاز بيعه رضي بأن يقلعه، -وهو أصحها[٣] على تسليم القول بالجواز[٤].

(ف) ٢٧/ب

وإن باع المستعير قبل ذهاب الأجل -على أن المشتري يسكن ويعمر حتى يتم الأجل ثم ينقض عليه -جاز ذلك، ولا مقال للمعير الآن[٥] على المشتري حتى يتم الأجل، وإن باع ذلك على أن ينقضه المشتري كان للمعير أن يأخذه بالأقل من القيمة أو الثمن إذا كان بيعه لأنه كره المقام، وأراد الخروج وإن كان لأن ذلك المشتري أرغب له في الثمن وآثر الثمن على المقام لم يكن للمعير أن يأخذه إلا بالثمن الذي اشتراه[٦] هذا به، أو يمكنه من قلعه.

---

(١) في (ف): (له).

(٢) زاد بعده في (ق٧) و(ق٢) قوله: (علي).

(٣) قوله: (أصحها) زيادة من (ق٢).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٣.

(٥) في (ق٧): (لأن ذلك).

(٦) في (ق٧) و(ق٢): (اشترى).

وإن كان أذن لرجلين فباع أحدهما فإنه لا يخلو أن يكون بيعه قبل الأجل أو بعده على البقاء أو على النقض، فإن باعه بعد الأجل كان الجواب على ما تقدم لو أذن لرجل واحد في البناء، وانقضى الأجل أن لصاحب الأرض أن يأخذه من البائع بالأقل من الثمن أو القيمة، وإن لم يأخذ من الآخر الذي لم يبع كان للمشتري أن يقاسم الشريك في تلك الأنقاض أو يقاسم رب الأرض إن كان أخذ من الآخر بالقيمة، وإن كان صاحب الأرض أذن للآخر في المقام سنة أخرى ابتدأ أيضاً بصاحب الأرض، فإن أخذ نصيب البائع كان شريكاً في البناء قائماً مع الذي أذن له في المقام فيقاسمه منافع البيوت أو يكرونها، وإن لم يأخذ نصيب البائع، وكانت البيوت تحمل القسم -قاسم المشتري الشريك الذي أذن له في المقام فما[1] صار[2] له نقضه وإن كانت لا تقسم ابتدأ بصاحب الأرض، فقاسم الذي أذن له في المقام الأرض على ألا بناء فيها، فما صار له أقررناه فيه[3]، وقاسم المشتري في[4] النقض قسماً ثانياً، وإن صار بعض سهمه في النصيب الذي له[5] بالمقاسمة، وبعضه عند صاحب الأرض كان له أن يعطي المشتري قيمة[6] ما صار له منه في نصيبه[7] ويرجعان جميعاً؛ هو والمشتري على صاحب الأرض فينقضان ما صار إليه من ذلك.

---

(١) زاد بعده في (ق٢): (خص الشريك الذي لم يبع) وقد سقطت من (ف)، وضرب على هذه الجملة في (ق٧).

(٢) في (ق٧): (جاز).

(٣) في (ق٧): (فيها).

(٤) قوله: (في) سقط من (ق٢).

(٥) قوله: (الذي له) يقابله في (ق٧): (عن ذلك).

(٦) في (ف): (فيه).

(٧) قوله: (في نصيبه) زيادة من (ف).

وإن كان بيع أحد الشريكين قبل انقضاء الأجل على البقاء كان المقال فيه للشريك دون صاحب الأرض فيأخذ الشفعة بالثمن، وإن كره بقي معه شريكاً، وإن باع على النقض وكانت البيوت تنقسم ابتدئ[١] بصاحب الأرض، فإن شاء أخذ ذلك بالأقل من قيمته منقوضاً[٢] أو الثمن وإلا كان للمشتري أن يقاسم الشريك، فما[٣] صار له نقضه، وإن كانت البيوت لا تنقسم كان للشريك أن يرد بيعه فيه[٤].

(١) في (ق٧) و(ق٢): (ابتداء).

(٢) قوله: (منقوضا) زيادة من (ف).

(٣) في (ق٧): (مما).

(٤) قوله: (فيه) زيادة من (ق٧).




باب
في شفعة الصغير والسفيه والمريض والغائب

وإذا وجبت[(١)] الشفعة للصغير كان الأمرُ فيها لوليه من أبٍ أو وصي أو حاكم أو من أقامه الحاكم له[(٢)] فما رآه[(٣)] من حسن نظرٍ[(٤)] من أخذٍ أو تركٍ مضى[(٥)]، فإن رشد الصغير بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك ولا ترك ما أخذ ولا نقض شيء من ذلك[(٦)] إلا أن يثبت[(٧)] أن الأخذ له[(٨)] لم يكن من حسن النظر؛ لغلائه أو لأنه قصد بالترك[(٩)] محاباة من[(١٠)] اشترى[(١١)] ذلك النصيب، واختلف إذا لم يأخذ بالشفعة وكان[(١٢)] الأخذ أحظ[(١٣)(١٤)]، وقال مالك في كتاب محمد: إذا علم من الوصي أنه ضيع أو فرط في ذلك، وأن أمره فيه كان

---

(١) في (ف): (كانت).

(٢) قوله: (له) زيادة من (ف).

(٣) في (ق٧): (فيما يرآه).

(٤) في (ق٧): (النظر).

(٥) قوله: (مضى) زيادة من (ف).

(٦) قوله: (شيء من ذلك) سقط من (ق٢).

(٧) في (ق٧): (يتبين).

(٨) قوله: (له) سقط من (ق٢). وفي (ق٧): (إن).

(٩) قوله: (بالترك) سقط من (ق٧).

(١٠) وزاد بعده في (ق٧): (كان).

(١١) في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (منه).

(١٢) قوله: (واختلف إذا لم يأخذ بالشفعة وكان الأخذ أحض) سقط من (ق٧).

(١٣) في (ف): (أحض).

(١٤) في (ق٢): (واختلف إن لم يأخذه من له الأخذ ممن ذكر حتى مضت سنة)، وقوله: (وكان) ساقط من (ق٧).

على غير حسن نظر، ومضى للبيع خمس سنين فلا شفعة له[١]، وكأنه رأى أن أخذ الشفعة بمنزلة الاشتراء ابتداء، والوصي[٢] ليس بمجبر[٣] على ذلك[٤] ولو بذل رجل للصبي سلعة بثمن بخس فلم يأخذ له لم يضمن[٥] لأنَّ تنمية المال مباح/ له، وليس بواجب.

(ف) ٢٨/أ

قال محمد: إن اختلف الوصيان فأخذ أحدهما وترك[٦] الآخر كان الأمر إلى السلطان فيما يراه صواباً من أخذ أو ترك، فإن غفل عن ذلك حتى تمت السنة والشقص في يد مشتريه[٧] سقطت الشفعة، وإن كان في يد الوصي الذي أخذ -كان الصبي إذا رشد بالخيار في الأخذ أو الترك[٨].

وإذا وجب للصبي شفعة فرشد بعد بعض السنة وحُكم برشده[٩]، فقال في كتاب محمد: فله تمام السنة من يوم[١٠] وجبت الشفعة[١١]، وإن لم يكن له وصي ولا من ينظر له كانت له سنة مستأنفة.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٩.

(٢) في (ق٢): (وهو).

(٣) في (ف): مجبور.

(٤) في (ف): (الشراء للتجارة)

(٥) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (وليس بواجب).

(٦) في (ق٧) و(ق٢): (وسلم).

(٧) في (ق٧) و(ق٢): (المشتري).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٩.

(٩) قوله: (وإذا وجب للصبي شفعة فرشد بعد بعض السنة وحُكم برشده) يقابله في (ق٧) و(ق٢): (فإن مضى بعض السنة ثم رشد).

(١٠) قوله: (يوم) سقط من (ف).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٩.

واختلف في مبتدئها فعند محمد من يوم يلي أمر[١] نفسه، وعند ابن حبيب السنة[٢] من يوم البلوغ، وفي البكر من يوم الدخول والغائب من يوم القدوم والمريض من يوم يصح، وخالف أصبغ في المريض، وقال: هو كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي السنة أنه على شفعته[٣]، فأمَّا الصغير[٤] فالاختلاف فيه راجع إلى هل[٥] يحمل على الرشد بالبلوغ أم لا؟

واختلف في البكر إذا لم تكن في ولاية[٦] هل هي بالبلوغ[٧] على الرشد كالصبي؟ ولا أرى أن تكون بعد البلوغ على الرشد[٨]، وأرى[٩] إذا بلغ سفيها ثم قام بعد الرشد بالشفعة ألا شفعة له[١٠] إلا أن يكون الأخذ قبل ذلك حسن نظر، ولو كان رفع إلى السلطان لم يأخذ له[١١]؛ إما لأن الصبي لا مال له يأخذ له[١٢] به أو لأن ذلك المال قدر الحاجة إلى الإنفاق أو لم يكن الأخذ[١٣] صواباً لأجل غلائه أو لسوء موضعه أو لأنه في زمن فتنة، ثم انتقل الحال اليوم لغنى أو بارتفاع الأسواق في

---

(١) قوله: (أمر) زيادة من (ف).
(٢) قوله: (السنة) زيادة من (ف).
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٧.
(٤) في (ف): (الصبي).
(٥) في (ق٧): (ما).
(٦) في (ق٧) و(ق٢): (ولاء).
(٧) في (ف): (في البلوغ).
(٨) زاد في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (ولا أرى... بعد البلوغ على شفعتها).
(٩) في (ق٧) و(ق٢): (ولا أرى).
(١٠) قوله: (سفيها ثم قام بعد الرشد بالشفعة ألا شفعة له) في (ق١١): (أن تكون بعد البلوغ على شفعتها).
(١١) زاد بعده: في (ق٧) و(ق٢): (إما).
(١٢) قوله: (له) سقط من (ق٧).
(١٣) قوله: (قدر الحاجة إلى الإنفاق أو لم يكن الأخذ) يقابله في (ف): (قدر حاجته للإنفاق أو لأن الأخذ لم يكن).

الرباع[(١)] أو بعمارة ذلك الموضع أو ذهاب الفتنة لم يكن له الآن شفعة، وقد قال مالك فيمن أعتق عبداً وهو معسر يعلم ذلك العبد والشريك والناس، ثم أيسر لم يقوم عليه[(٢)]؛ يريد: لأنه لو كان[(٣)] رفع إلى حاكم لم يقوم عليه، فكذلك هذا[(٤)]، فأما المريض فإن كان على رأيه في النظر في أمر الدنيا[(٥)] بالبيع والشراء فهو كالصحيح، وإن كان قد أعرض عن ذلك، ثم قال بعد صحته كنت تركت ذلك والنظر فيه لمن يصير إليه ذلك؛ قُبِل قوله، وليس من يكون[(٦)] ورثته ولد ويعلم منه الاجتهاد لهم بمنزلة من ورثته عصبة فلا يصدق وإن[(٧)] كانوا عصبة[(٨)].

فصل

[في شفعة الغائب]

وقال محمد في الغائب: إن كانت غيبة قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص فهو كالحاضر، وقال غيره: ليس المرأة والضعيف، ومن لا يستطيع النهوض مثل غيرهم[(٩)]، وإنما في[(١٠)] هذا اجتهاد السلطان[(١١)].

---

(١) قوله: (في الرباع) زيادة من (ف).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٨

(٣) قوله: (كان) زيادة من (ف).

(٤) قوله: (فكذلك هذا) سقط من (ق٧).

(٥) في (ف): (دنياه).

(٦) قوله: (يكون) سقط من (ف).

(٧) في (ق٦): (إن).

(٨) قوله: (فلا يصدق إن كانوا عصبة) سقط من (ف).

(٩) في (ف): (غيره).

(١٠) قوله: (في) سقط من (ق٧).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٧.

قال الشيخ[١]: وليس من يعلم منه الاجتهاد في رباعه التي غاب عنها[٢] وعقد الأكرية والاقتضاء بالمكاتبة وهو على مثل اليومين، بمنزلة غيره ممن[٣]يعلم منه التراخي في أموره، وإذا بعدت[٤] الغيبة فإنها لا تخلو من أربعة أوجه: إما أن يكون الغائب[٥] الشفيع وحده[٦] أو المشتري أو كلاهما وهما ببلد واحد أو متفرقين، فإن كان الشفيع هو الغائب كان على شفعته بعد القدوم، وإن كان حاضراً ثم غاب وعاد قبل مضي أمد[٧] الشفعة أو منعه أمر من العودة حتى مضت السنة فهو[٨] على شفعته[٩] بعد أن يحلف، وإن كان سفراً[١٠] بعيداً لا يرجع حتى تمضي السنة سقطت الشفعة، وإن عاد عن قرب لأمر عن التمادي[١١] فإن ذلك سواء[١٢] فلا شفعة؛ لأن سفره بمثل ذلك الموضع رضا بإسقاط الشفعة[١٣]، وإن كان الغائب المشتري والشفيع حاضر كان على شفعته حتى يقدم المشتري، قال محمد: ولو اشترى ذلك وكيل

---

(١) في (ق٢): (قلت).

(٢) في (ف): (خلف).

(٣) قوله: (بمنزلة غيره ممن) يقابله في (ف): (وليس بمنزلة من).

(٤) في (ف): (وجدت).

(٥) قوله: (يكون الغائب) يقابله في (ف): (يغيب).

(٦) قوله: (وحده) سقط من (ق٧).

(٧) في (ق٧): (وقت).

(٨) في (ق٢): (كان).

(٩) في (ق٧): (كان للشفيع).

(١٠) قوله: (سفرا) سقط من (ف).

(١١) في (ق٢): (الوصول).

(١٢) قوله: (فإن ذلك سواء) سقط من (ف).

(١٣) قوله: (لأن سفره بمثل ذلك الموضع رضا بإسقاط الشفعة) زيادة من (ف).

الغائب[١] والوكيل يكري ويهدم ويبني بحضرة الشفيع كان على شفعته لموضع العذر[٢] واستثقال اختلاف الناس إلى القضاة، وأن المرء ربما ترك حقه إذا لم يأخذه إلا بالسلطان[٣].

(ف ٢٨/ب)

قال الشيخ[٤]: وقوله يحسن فيمن يعلم منه ذلك، فأمَّا من يعلم/ منه الطلب والدخول إلى القضاة فلم يأخذ من الوكيل حتى مضت السنة فلا شفعة له إلا أن يكون في الوكالة تسليم الشفعة، وتشهد ذلك ببينة عادلة[٥] حاضرة فلا تكون له شفعة، وإن كانا مجتمعين في مدينة[٦] وغائبين عن موضع الشقص فلم يأخذ حتى مضت السنة فلا شفعة له[٧]، قال محمد: وإنما ينظر في حضور الشفيع مع المشتري ولا ينظر إلى غيبة الدار[٨]؛ لأنه يأخذ على مثل ما اشترى عليه المشتري على الصفة، وإن قال: أخروني حتى أراه لم يكن ذلك له إلا أن يكون الشقص على ساعة من النهار.

---

(١) في (ق٢): (العبد).

(٢) في (ف): (القدر).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٨.

(٤) قوله (قال الشيخ) ساقط من (ف) وبعده في (ق٧) و(ق٢): ليس الناس في ذلك سواء، ومن الناس من لا يشق ذلك عليه ولا يترك إلا لأنه لم يرد الأخذ.

(٥) قوله: (عادلة) سقط من (ف).

(٦) في (ف): (بلد).

(٧) قوله: (له) زيادة من (ق٧).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٩.

باب



في شفعة الحاضر وأجل[1] الشفعة وما يسقطها[2]



الشفعة تسقط بسبعة أوجه[3]:

أحدها: إسقاط الشفيع حقه في ذلك[4] بالقول[5] فيقول: تركت.

والثاني: أن يقاسم[6] ما فيه الشفعة فتسقط الشفعة، ولا خلاف في ذلك[7] لأن الشفعة إنما تجب في ما لم يقسم مع بقاء الشركة فإذا قسم فلا شفعة[8].

والثالث: أن يمضي من طول الأمد ما يرى أنه معرض عنها وتارك لها.

والرابع: ما يحدثه المشتري من هدم أو بناء أو غرس.

والخامس: خروجه عن اليد بالبيع والهبة والصدقة والرهن.

والسادس: ما يكون من الشفيع من مساومة أو مساقاة أو كراء.

والسابع: إذا باع الشفيع[9] النصيب الذي يستشفع به، وقد اختلف في هذه الوجوه الخمس[10]، فأمَّا المدة التي تنقطع الشفعة فيها، فقال مالك في

---

(١) في (ف) و(ق٦): (وأمد).

(٢) في (ف): (وفيها يسقط الشفعة).

(٣) في (ق٢): (أسباب).

(٤) قوله: (في ذلك) زيادة من (ق٧).

(٥) بعدها في (ف) زيادة: (فيه).

(٦) في (ف): (يقسم).

(٧) في (ف): (هذين الوجهين).

(٨) قوله: (لأن الشفعة... فلا شفعة) سقط من (ف).

(٩) قوله: (الشفيع) سقط من (ق٢).

(١٠) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (الأربع).

المدونة: السنة قريب[١].

وقال في كتاب محمد: إذا مضت[٢] سنة فلا شفعة. وقال ابن ميسر: ما قارب السنة داخل فيها. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب هو على شفعته في[٣] الثلاث سنين ونحوها. وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك[٤] في شفيع حاضر قام بشفعته بعد خمس سنين، وربما قيل له أكثر من ذلك فيقول:[٥] لا نراه طولاً ما لم يحدث المشتري بنيانا أو غيره وهو حاضر، فإن أجله أقصر من أجل الذي لم يحدث عليه شيئاً إلا أن يقوم بحدثان ذلك[٦].

وقال ابن وهب في كتاب ابن شعبان: إذا علم بوقوع البيع[٧] فسكت فلا شفعة له.

وقال القاضي عبد الوهاب عن مالك[٨]: هو على حقه أبداً[٩] ما لم يوقف.

قال الشيخ: وأرى أن تسقط الشفعة إذا مضى من الأمد ما الغالب أنه لو كان لهذا الشفيع غرض في الأخذ لأخذ ولم يؤخره إلى تلك المدة والناس في هذا مختلفون، فمنهم من يعلم منه الحرص وهو موسر بالناض، والأمر فيه أضيق

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٧.

(٢) في (ف)و(ق٦): (مرت).

(٣) قوله: (في) زيادة من (ف).

(٤) قوله: (عن مالك)زيادة من (ق٦).

(٥) قوله: (وربما قيل له أكثر من ذلك فيقول:) في (ف) و(فقالا).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٥، ١٨٦.

(٧) قوله: (بوقوع البيع) يقابله في (ق٧): (أخذ الشفيع)، وفي (ف): (بوقوع الشفعة).

(٨) قوله: (القاضي عبد الوهاب عن مالك) يقابله في (ق٧): (أيضا)، وفي (ق٢): (سحنون عن بعض أصحاب مالك).

(٩) قوله: (أبدا) سقط من (ق٧).

فإذا مضى من المدة ما يعلم أن مثله لا يترك إليه إلا لأنه معرض عنها أو تارك لها فلا شفعة له[١]، وإن لم يبلغ السنة، ومنهم من يعلم منه التراخي في أموره أو لا[٢] يكون له مال حاضر ويرجو أن يتيسر الثمن لوقتٍ آخر فلا يسقط شفعة مثل هذا، وقد يقوم دليل على أن القيام الآن لرأى حدث مثل أن يزيد ثمن الرباع أو يزيد غلة[٣] أو يكون فقيراً فاستغنى[٤] فهذا وما أشبهه لا يمكن من الأخذ.

فصل[٥]

[فيما تسقط به الشفعة]

والهدم والبناء[٦] والغرس بعلم الشفيع وحضوره يُسقط شفعته.

وأما إذا قاسم الشفيع المشتري[٧] سقطت[٨] الشفعة[٩] وإن باع المشتري ذلك النصيب المستشفع ولم يعلم الشفيع كانت له الشفعة يأخذ بأي البيعتين[١٠]

---

(١) قوله: (والأمر فيه أضيق... فلا شفعة له) يقابله في (ق٢) و(ق٧): (فإنه لو كان له غرض في الأخذ لم يؤخره إلى تلك المدة فهذا تسقط شفعته).

(٢) في (ف)، و(ق٧): (ولا).

(٣) في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (غلاته).

(٤) في (ق٧) و(ق٢): (وكان له يسار).

(٥) قوله: (فصل) سقط من (ف).

(٦) قوله: (الهدم والبناء) يقابله في (ق٧): (الشفعة وإن كان في).

(٧) قوله: (المشتري) زيادة من (ق٢).

(٨) اختلف سياق (ق٢) و(ق٧) بالزيادة والنقصان وترتيب الأقوال ففيهما بعد ذلك: (شفعته لأن النبي ﷺ أسقط الشفعة فيما وقعت المقاسمة فيه وإذا صار للشفيع بالمقاسمة نصيب معين لم يكن له شفعة في الآخر ولأن نصف النصيب للمشتري صار إلى الشفيع بالمقاسمة ولم ير ابن القاسم المقاسمة من غير الشفيع تسقط الشفعة...) وهو ما سيأتي، ص: ٣٣٣٢.

(٩) قوله: (وأما إذا قاسم الشفيع سقطت الشفعة) زيادة من (ق٦).

(١٠) في (ف) و(ق٢) و(ق٧): (الشفعتين).

شاء، فإن أخذ بالبيع الأول انتقض ما بعده من البياعات، وإن أخذ بالثاني ثبت الأول ويفسخ الثالث، وإن أخذ بالثالث صحت جميع البياعات.

واختلف إذا كان عالماً هل يكون بالخيار على[1] حسب الأول، أو لا[2] تكون الشفعة إلا في آخر بيعة[3]، وهذا أحسن، إن بيع بحضرته، فلم يأخذ بها حتى بيع بعد ذلك ولم ينكر فهو إسقاط[4] لشفعته في ما بيع قبل ذلك.

فصل[5]

[في سقوط الشفعة بعد البيع إذا وهب المشتري أو تصدق بعلم الشفيع]

وكذلك إن وهب المشتري ما اشتراه[6] أو تصدق به وهو حاضر عالم ولم ينكر فلا شفعة له في الأول؛ لأن/ ذلك منه[7] رضى بإسقاط القيام فيه، ولا في الثاني[8] لأن الهبة والصدقة لا شفعة فيهما، وإن لم يعلم الشفيع كان له أن يرد الهبة والصدقة ويأخذ بالثمن الذي بيع به، ويكون الثمن للمشتري إن لم يعلم أن هناك شفيعا[9]. واختلف إذا علم فقال ابن القاسم: الثمن للموهوب، قال:

(ف) ٢٩/أ

---

(١) قوله (على) زيادة من(ق٢).

(٢) قوله: (لا) ساقط من (ق٦)

(٣) قوله: (آخر بيعة) يقابله في (ف) و(ق٧): (أخذ بيعة).

(٤) في (ف): تارك.

(٥) زيادة من (ق٢)و(ق٧)

(٦) قوله: (ما اشتراه) يقابله في (ف): (ذلك النصيب)

(٧) في (ق٧) و(ق٢): (فيه).

(٨) في (ق٦): (الباقي).

(٩) من قوله (واختلف إن كان عالما...شفيعا) مكرر في (ق٦).

لأنه وهبه وهو عالم أنه يستشفع، فكأنه إنما وهب الثمن[١].

وقال أشهب في كتاب محمد[٢]: الثمن للواهب[٣]، ولا حق في الشفعة[٤].

وقال ابن القاسم: إذا ساومه الشفيع[٥] أو ساقاه أو اكترى منه فذلك قطع لشفعته[٦].

وقال أشهب في كتاب محمد: هو على شفعته، قال: لأنه يقول كما لو فعل ذلك غيري بمحضري ولم أنكر، أو حضر وهو يباع في المزايدة فزايده ثم بيع بحضرته ثم طلب شفعته كان له ذلك[٧].

وأرى[٨] إذا ساومه أن يسأل لِمَ يساومه؟ فقال: إن باعني بأقل وإلا رجعت إلى الشفعة؛ حلف على ذلك، واستشفع[٩]، وإن قال: لأشتري منه بما باعني بأكثر أو بأقل فلا شفعة[١٠].

وأما الكراء والمساقاة فإن كان أمدها سنة[١١] ....

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٢.

(٢) قوله (في كتاب محمد): زيادة من (ق٦).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٦.

(٤) قوله (ولا حق في الشفعة) زيادة من (ق٦).

(٥) قوله: (الشفيع) ساقط من (ق٢).

(٦) انظر المدونة: ٤/ ٢٤٤.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٠، ١٩١.

(٨) في (ق٢) زيادة: (قلت).

(٩) قوله: (حلف على ذلك، واستشفع) يقابله في (ق٢): (أن يحلف ويأخذ بالشفعة).

(١٠) قوله: (فلا شفعة): في (ق٢): (فذلك إسقاط لشفعته).

(١١) قوله: (أمدها سنة فأكثر) يقابله في (ق٢) و(ق٧): (انقضاء أمدها بعد تمام السنة من يوم العقد).

فأكثر فلا شفعة[١] وإن كان أقل من سنة، فهو موضع الخلاف؛ فرأى ابن القاسم أن من حق المشتري أن يأخذ منه بالحضرة أو يترك فعقدة الكراء والمساقاة خلاف ما يوجبه الحكم في أخذ الشفعة[٢].

ورأى أشهب أنه لما كان ما دون السنة لا يسقط شفعته كان بعد فعله ذلك على شفعته، فإن أراد المشتري الآن أن يلزمه[٣] الأخذ أو الترك قبل أن ينقضي ما عقد له لم يكن ذلك له، وقد سقط حقُّه في الإيقاف[٤] في تلك المدة؛ لأنه لا يملك نقض ما عقد للشفيع، وليس له أن[٥] يستحق أخذ الثمن الآن والغلة جميعا، فإذا انقضت تلك المدة استحق عليه الإيقاف على الأخذ أو الترك، ولو أراد الشفيع أن يستوجب الشفعة قبل انقضاء ما عقد من[٦] مدة الكراء والمساقاة كان ذلك له، ويتعجل منه الثمن ولا يحط عنه من الثمن شيئاً، وأما قوله إن له الشفعة بعد البيع بحضرته فليس بالبين[٧]، وذلك رضى منه بإسقاط الأخذ بالبيع الأول وله أن يأخذ بالبيع الثاني، وللمشتري أن يقوم على الشفيع فيأخذ أو يترك وقال في كتاب محمد لا يؤخر شيئاً[٨].

ولو أكرى أو ساقى غير الشفيع ولم يعلم كان للشفيع أن يرد عقده ذلك

---

(١) قوله: (فلا شفعة) يقابله في (ق٢): (فالشفعة له).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٢.

(٣) قوله: (الآن أن يلزمه): في (ق٢)و(ق٧): إلزامه.

(٤) قوله: (الإيقاف): في (ق٢): (الإنفاق).

(٥) قوله: (وليس له أن) في(ق٢): (لا).

(٦) قوله: (ما عقد من) زيادة من(ق٧)و(ق٢).

(٧) قوله: (فليس بالبين) يقابله في (ق٢): (فضعيف).

(٨) قوله: (وللمشتري أن يقوم على الشفيع فيأخذ أو يترك وقال في كتاب محمد لا يؤخر شيئاً) ساقط من (ق٢).

ويأخذ بالشفعة ويعجل الثمن، ويختلف إذا كان عالماً فعلى أحد القولين يكون ذلك رضى بإسقاط[١] الشفعة.

واختلف إذا باع الشفيع النصيب الذي يستشفع به هل له الشفعة؟ والقول ألا شفعة له أحسن؛ لأنَّ الشفعة جعلت لدفع الضرر الذي يدخل المشتري من المقاسمة[٢] أو تضييق نصيبه، فإذا خرج من يده نصيبه زال الوجه الذي يستشفع به.

واختلف بعد القول إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع؟ وأرى أن يستشفع الجميع؛ لأنَّ الشفعة تجب بالجزء اليسير في الجزء الكبير، وتقدم القول إن المقاسمة من الشفيع تسقط الشفعة؛ لأنَّ الشفعة تجب بالشرك؛ لقول النبي ﷺ: «**فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ**»[٣]، فإذا اقتسما وصار للشفيع نصيب معين لم يكن له شفعة في الآخر؛ لأنه معين، ولم يرَ ابن القاسم مقاسمة غير الشفيع تسقط الشفعة، فقال في رجل اشترى شقصاً من دار مشتركة، ولها شفيع غائب فقاسم المشتري من حضر من الشركاء، ثم قدم الغائب فله أن يرد القسمة ويأخذ بالشفعة[٤] ذلك له[٥]، وفي كتاب محمد مثل ذلك، فإن كانت المقاسمة من السلطان فقال سحنون: لا يرد القسم، وللشفيع أن يأخذ للمشتري بالمقاسمة[٦]، وأرى إذا لم

---

(١) قوله: (الأخذ بالبيع الأول... يكون ذلك رضى بإسقاط) زيادة من (ق٦).

(٢) قوله: (من المقاسمة) زيادة من (ق٦).

(٣) سبق تخريج الحديث في بداية كتاب الشفعة، ص: ٣٢٩٩.

(٤) في (ف) زيادة: (بالشفعة).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٠.

يكن للمشتري شفيع إلا الغائب وحده ألا مقاسمة له، لأنه دخل على أن للغائب حقّاً في بقاء الشرك حتى يأخذ بالشفعة أو يترك/ وكذلك إذا كان معه شريكا سوى الغائب فليس له أن يدعو إلى المقاسمة وذلك لشركائه إن أحبوا، ويجمع نصيب الغائب مع نصيب المشتري ليبقي على حقه في الشفعة فيستشفع إذا قدم فيجمع نصيبه مع[1] النصيب المستشفع، فإن جهل القاسم قسم نصيب الغائب بانفراده؛ كان للغائب أن يرد القسم كما قال ابن القاسم؛ لأنه إن كان صار نصيب الغائب في طرف والمشتري في طرف، وبينهما نصيب من لم يأخذ الشفعة كان فيه ضرراً على الغائب؛ لأنَّ من حقه أن يجمع له جميع ذلك في موضع، وإن كان نصيب المشتري والغائب في موضع كانت الشفعة بالجوار وليس بالشرك؛ لأنَّ الغائب صار له نصيب في معين لا يشركه فيه الآخذ، وهذا إنما تصح الشفعة فيه على مذهب أبي حنيفة ﵀[2].

(ف) ٢٩/ب

فصل

[في إلزام الشفيع بأخذ الشفعة أو تركها]

وللمشتري أن يقوم على الشفيع ويلزمه بالأخذ أو الترك، فإن امتثل أحد الوجهين وإلا رفعه إلى السلطان فألزمه مثل ذلك، فإن سأل أن يؤخر فينظر ويستشير كان فيه قولان، فقيل: لا يمكن من ذلك ويجبره السلطان على الأخذ أو الترك، ولا يؤخر، وقال مالك في المختصر: يؤخر اليومين والثلاثة[3]، وهو أحسن إذا كان وقفه بحسب ما اشترى؛ لأن الأول قد تربص وأمهل وإن تأنى

---

(١) قوله: (نصيبه مع ال) زيادة من (ف).

(٢) انظر: المبسوط، للسرخسي: ١٤/ ١٦٢ وما بعدها.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨٤.

قبل الشراء وكان وقفه بعد أيام وهو عالم لم يمهل إلا اليوم لا أكثره، فإن أخذ وسأل الصبر ليأتي بالثمن كان ذلك له.

واختلف في القدر الذي يؤخر له، فقال مالك: ثلاثة أيام، وفي ثمانية أبي زيد: العشر ونحوه مما يعرف، ولا يكون على المشتري فيه ضرر، وقال أصبغ: الخمسة عشر والعشرين وأكثر بقدر ثمن الشقص وكثرة المال وجمعة وشهر إن رأى ذلك الحاكم، ولا أرى لما وراء ذلك تأخيراً في شيء قل ذلك أو كثر، انتهى قوله، وإذا أخذ فلم يأت بالمال كان المشتري بالخيار بين أن يمضى له الأخذ ويباع عليه ذلك الشقص وغيره في الثمن أو يرد الشقص لأنه ليس له أن يأخذ للبيع، وهذا إذا شرط عليه إحضار الثمن إلى ذلك الأجل ولم يزد فأما إن شرط إن لم يحضره فلا شفعة له فعجز عن إحضار المال -رد الشقص[1] للمشتري ولم يكن له أن يسلمه الشفيع ويباع عليه في الثمن.

---

(١) قوله: (إلى ذلك الأجل... عن إحضار المال -رد الشقص) ساقط من (ق٢).



باب
في اختلاف المشتري والشفيع في الثمن



وإذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن وأتيا معاً(١) بما يشبه، فقال المشتري مائة، وقال الشفيع تسعين؛ كان القول قول المشتري مع يمينه إذا ادعى الشفيع المعرفة بالثمن فقال: كنت حاضراً البيع أو أقررت لي بذلك(٢).

واختلف إذا لم يدع المعرفة واتهمه أن يكون الثمن دون ذلك، فقيل: لا يمين عليه، وقيل: يحلف بالله لقد أخرج فيه من الثمن ما سمَّى، وما أعلن شيئا وأسر غيره، وما ابتاع بعرض ولا بدَين، ثم قيل للشفيع: خذ أو اترك، والأخذ باليمين اليوم أحسن، لأن الناس قد كثر منهم التحيل فيما يرون أنه يدفع الشفيع عن الأخذ، وربما أظهروا أن ذلك صدقة وهو في الباطن بيع إلا من كان من أهل الثقة والدين فلا يحلف.

وإن أتى المشتري بما لا يشبه والشفيع بما يشبه حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه، قال مالك: إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك فيرغب في الدار لجواره، ويُثْمن فيها -فيكون القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه(٣)، يريد: ما يمكن أن يزيده فيها، وإن أتيا جميعاً بما لا يشبه حلفا ورد إلى الوسط مما يشبه فيأخذ به أو يدع/ وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كانت الشفعة بما حلف عليه الحالف منهما(٤).

(ف) ٣٠/أ

---

(١) في (ق٧) و(ق٢): (جميعاً).

(٢) المدونة: ٤/ ٢١٧.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢١٧.

(٤) قوله: (منهما) زيادة من (ف).

ولأشهب عند محمد: وإن أتى المشتري بما لا يشبه ولا علم عند الشفيع من الثمن لأنه لم يحضر البيع أن القول قول المشتري مع يمينه[(١)].

وليس بحسن، وأراه بمنزلة من غيب الثمن، فإن رجع إلى ما يشبه، وإلا كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص ولا يدفع ثمنا حتى يثبت المشتري ما اشترى به، ويلزمه بيان الثمن، وإن لم يبين سجن.

ومحمل القول[(٢)] -إذا أتى المشتري بما لا يشبه ونكل المشتري- إن للشفيع أن يحلف ويأخذ ذلك إذا أتى بما لا يشبه في الغالب، فأما إن قال فيها ثمنه خمسون اشتريته بمائتين لم يقبل قوله، ولم يتعلق في مثل ذلك يمين؛ لأنه في معنى المستحيل[(٣)] وبمنزلة من غيب الثمن، وقال سحنون في المجموعة: إذا ظهر للحكم في ثمن الشقص تجاوز عن التغابن، وكان الأغلب أنه حيلة لقطع الشفعة رد إلى ما شبه من ذلك، وأقربه من قيمة الشقص[(٤)] وجعلهما بمنزلة من اشترى بثمن فكتمه.

وهذا أحسن إذا كان لا يشبه على حال[(٥)].

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٦.

(٢) في (ق٧) و(ق٦) و(ق٢): (قوله).

(٣) في (ف): (المستحمل).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦٦.

(٥) قوله (وهذا أحسن... حال) ساقط من (ف).

فصل

[في اختلاف تقويم المشتري والشفيع إذا كان الثمن عرضا]

وإذا كان الثمن عرضا واختلفا في قيمته قوَّمه أهل المعرفة، وأخذ بتلك القيمة، وإن نقص سوقه أو زاد أخذه بقيمته يوم كان اشترى إذا كان أتى بما يشبه.

فإن اختلفا في القدر الذي نقص سوقه أو زاد كان القول قول المشتري، فإن قال المشتري نقص سوقه[(١)] عشرة أو زاد خمسة، وقال الشفيع بل نقص خمسة أو زاد عشرة كان القول قول المشتري إلا أن تشهد بينة أن مثل ذلك لم يزد سوقه أو لم ينقص إلا على ما قاله الشفيع، وإن قال المشتري تغير سوقه بنقص، وقال الشفيع لم يتغير[(٢)] وأشكل[(٣)] الأمر كان القول قول من ادعى أنه لم يتغير سوقه، لأنه[(٤)] يدعي استصحاب الحال إلا أن يثبت الآخر تغيره، وإن كان الغالب من حين البيع أنه يتغير إلى نقص أو غلاء كان القول قول من ادعى تغيره[(٥)]، فإن هلك العرض واختلفا في صفته كان القول قول المشتري، فإن أتى بما لا يشبه كان القول قول الشفيع إن أتى بما يشبه، وقال ابن دينار في كتاب المدنيين فيمن اشترى أرضا فقام الشفيع بشفعته، وادعى الشفيع أنها لم تقسم: فالقول قول الشفيع إنها لم تقسم حتى يقيم الآخر البينة، وقال ابن

---

(١) قوله: (سوقه) زيادة من (ف).

(٢) في (ف) و(ق٢) و(ق٧): (تغير).

(٣) زاد في (ف) و(ق٢) و(ق٧): (بزيادة).

(٤) قوله (لأنه) ساقط من (ف).

(٥) قوله: (وإن كان الغالب من حين البيع أنه يتغير إلى نقص أو غلاء كان القول قول من ادعى تغيره) زيادة من (ق٦).

القاسم مثله؛ لأن الأصل الشركة، فكان القول قول من ادعى ما كانا عليه حتى يثبت غيره، ولأن نصف ما يقول المشتري إنه اشتراه الشفيع في أصل الشركة فلا يقبل قول المشتري على الشفيع إنه باع، وإن اشترى هو منه، وعكسه أو قال المشتري: اشتريت النصف شائعا، وقد مات البائع أو غاب فقال الشريك: كنت قاسمت البائع منها[1] قبل أن تشتري منه كان القول قول المشتري إن ذلك شائع حتى يعلم المقاسمة.

---

(١) قوله: (منها) زيادة من (ف).

باب




في اختلاف البائع والمشتري في الثمن

وإذا قال البائع بعت بمائة، وقال المشتري بخمسين، والشقص قائم تحالفا وتفاسخا وسقطت الشفعة، فإن نكل البائع وحلف المشتري غرم خمسين واستشفع بها الشفيع، وإن نكل المشتري وحلف البائع[1] أخذ مائة.

واختلف بما يستشفع[2] فقال أشهب في كتاب محمد[3]: بخمسين لأنَّه الثمن الذي أقرَّ به المشتري، ولأنه يقول: ظلمني البائع بيمينه، وأخذ ما ليس له، قال: ولو رجع المشتري إلى ما قاله البائع ما قبل منه، وقال عبد الملك بن الماجشون وأصبغ في كتاب[4] ابن حبيب: يستشفع بمائة[5]، والأول أصوب والوجه ما قال أشهب، وليس ذلك بمنزلة من اقتدى لأنَّ الشراء تقدم وثبت، وإنما في الذمة خمسون، فظلم البائع وأخذ[6] فوق ذلك، وإن أحب[7] الشفيع قبل أن يفسخ البيع أن يستشفع/ بمائة ويكتب العهدة على المشتري بخمسين، وعلى البائع بخمسين كان ذلك له على قول ابن القاسم[8]، وإن كره المشتري وليس له ذلك على قول أشهب قياساً على قولهما إذا استحق بعض الأرض،

(ف) ٣٠/ب

---

(١) قوله: (البائع) سقط من (ف).

(٢) قوله: (واختلف بما يستشفع) زيادة من (ف).

(٣) قوله: (في كتاب محمد) يقابله في (ق٢) و(ق٧): (عن محمد).

(٤) قوله: (في كتاب) يقابله في (ق٢) و(ق٧): (عند).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٥.

(٦) في (ف): (بها).

(٧) في (ق٧): (أراد).

(٨) انظر: المدونة: ٤/ ٣١.

وكان ذلك عيب يوجب للمشتري الرد، فرضي الشفيع بالأخذ[١] وأراد المشتري الرد، فقال ابن القاسم ذلك للشفيع[٢] ولم ير[٣] ذلك أشهب للعهدة التي[٤] تكتب عليه وهو في الاختلاف[٥] في الثمن أحسن، وله الشفعة قبل التحالف أو بعد يمين أحدهما، وكذلك إن حلفا على القول إن البيع منعقد بعد أيمانهما[٦] حتى يحكم بفسخه.

واختلف إذا اختلفا بعد فوت الشقص، فقال ابن القاسم: القول قول المشتري مع يمينه والشفعة بخمسين[٧]، وقال أشهب في كتاب[٨] محمد: يتحالفان وعلى[٩] المشتري قيمته يوم الصفقة، إلا أن تكون القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل مما قاله المشتري، ثم تكون الشفعة[١٠] بما تستقر به القيمة[١١]؛ لأن أيمانهما عنده فسخ العقد الأول، والقيمة بدل من رد العين، وإذا انفسخ العقد الأول صار الثمن القيمة بخلاف المسألة الأولى، إذا حلف البائع ونكل المشتري؛ لأنَّ العقد في ذلك بحاله لم ينفسخ، والخمسون مظلمة على المشتري، ولا يدخل

(١) قوله: (فرضي الشفيع بالأخذ) يقابله في (ف): (فقال الشفيع: إذا أخذ).
(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٢.
(٣) في (ق٢): (ولم يرد).
(٤) قوله: (التي) افي (ق٧) و(ق٢): (الذي).
(٥) في (ف): (اختلاف المتبايعين).
(٦) قوله: (بعد أيمانهما) زيادة من (ف).
(٧) قوله: (مع يمينه والشفعة بخمسين) يقابله في (ق٧) و(ق٢): (وأخذ الشفيع بما حلف عليه).
(٨) قوله: (في كتاب) يقابله في (ق٢) و(ق٧): (عند).
(٩) في (ف): (ويغرم).
(١٠) قوله: (تكون الشفعة) يقابله في (ف): (يستشفع).
(١١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٥.

هاهنا قول ابن الماجشون: إذا فات البيع؛ لأنه مع القيام كالمتعدي مع الفوت.

فصل

[في حكم الشفعة إذا مات المشتري أو غاب وجهل ورثته الثمن]

واختلف إذا قال المشتري: نسيت الثمن وطالت السنون مما ينسى فيه الثمن، أو مات المشتري وقال الورثة: لا علم عندنا، وكان الشفيع غائباً أو صغيراً، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: الشفعة ساقطة[(١)]، قال: وإن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص، يريد: إذا لم يبعد، وقال ابن عبدوس: قال عبد الملك: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان حلف الولد ما عنده علم، ثم أخذ بالقيمة، وكذلك لو كان حياً وقال لا أدري بما اشتريت، حلف، فإن نكل أخذ الشفيع إن شاء، وقيل للمبتاع: متى أحببت حقك فخذه، فإن حلف فله القيمة يوم أسلمه إلى الشفيع، فإن قال الشفيع: لا أقبضه إذ لعله ثمنه كثير، فلا بدَّ من يمين المبتاع أنه ما علم أو يستحق، وقال غيره: إذا اختلفا في الثمن، فجاء المشتري بما لا يشبه أو جهل الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه[(٢)] فأسقط ابن القاسم الشفعة إذا طالت السنون، وأثبتها عبد الملك بالقيمة، ولم يبين هل تكون القيمة يوم البيع أو اليوم، والقول ألا شفعة أحسن؛ لأنَّ الشفعة كانت لتغليب أحد الضررين فيعود إلى المشتري ثمنه، ويرتفع الضرر عن الآخر، فإذا جهل وأمكن أن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٤، ١٩٥.

يؤخذ بأقل مما بيع به كان فيه ظلم على المشتري -لم يؤخذ منه.

فصل

[فيما إذا أقر المالك بالبيع وأنكر الآخر الشراء]

وإن أقرَّ المالك بالبيع وأنكر الآخر الشراء حلف أنه لم يشتر ويسقط الشفعة، وقال في كتاب محمد فيمن أقرَّ أنه باع من فلان وفلان منكر فلا شفعة له إن أنكر، وإن كان[1] غائباً، فإن كان بعيد الغيبة فللشفيع الشفعة؛ لأنَّ البائع مقرٌّ أنه أولى به منه، فإن قدم الغائب فأقر كانت العهدة عليه، وإن أنكر وحلف رجع الشقص إلى البائع، وقال محمد: أحب إليَّ ألا يرجع الشقص إلى البائع، وإن أنكر الغائب[2]؛ لأنَّ البائع مقرٌّ أن الشفيع أحق بذلك الثمن، ويكتب عهدة الثمن على البائع، وقول محمد صواب، وأرى الحاضر مثله له الشفعة؛ لأنَّ المالك مقر بانتقال ملكه، وأن الشفعة واجبة للشفيع وأن المشتري ظلمه في جحوده.

(ف) ٣١/أ

وقال ابن القاسم في المدونة/ فيمن قال: اشتريت هذا الشقص من فلان وفلان غائب، وقام الشفيع بالشفعة فلا شفعة له[3]؛ لأنَّ الغائب إذا قدم وأنكر كان له كراء ما سكن وأخذ نصيبه، وإن قُضي له بالشفعة، ثم أتى فأنكر البيع لم يكن له على الذي قُضيَ له بالشفعة من الكراء شيء، وقال أشهب في كتاب محمد: إذا كان الشقص في يد المدعي حتى لا يقدر أحد على إخراجه من يده كان له الشفعة، فإن قدم الغائب فأقر

---

(١) قوله: (منكر فلا شفعة له إن أنكر وإن كان) زيادة من (ق٦).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٨.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥٧.

مضت الشفعة، وإن أنكر أخذ شقصه، ورجع الشفيع بالثمن على من دفعه إليه[١]، وأرى أن يقضى له بالشفعة على أنه[٢] إن أنكر الآخر الشراء حلف أنه لم يشتر ولا شفعة للشريك، وسواء كان يمينه بعد يمين المدعى عليه أو قبل يمينه[٣].

فصل

[في الشفعة إذا اختلف المشتري والشفيع في وقوع البيع قبل القسم]

وإذا قال المشتري: اشتريت مقسوما فلا شفعة لك علي، وقال الشفيع: اشتريت شائعا قبل القسم كان القول قول الشفيع البيع كان ولم يقسم؛ لأن الأصل الشركة فكان القول قول من ادعى ما كان عليه أمر حتى يثبت غيره وأن نصفها يقول المشتري إنه اشتراه للشفيع فلا يأخذ قول المشتري على الشفيع إنه باعه بالذي اشترى هو منه[٤]، وعكسه لو قال المشتري اشتريت

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٨.

(٢) قوله: (أنه) زيادة من (ق٦).

(٣) زاد الناسخ في نسخة (ف): (تمَّ الباب من الأصل، يتلوه بقية كتاب الشفعة من الأم)، وسقط الفصل التالي من نسخته، ثم أكمل ما يتلوه إلى آخر الكتاب.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٧٨، ونصه: (وسئل عن رجل اشترى أرضاً وقبضها ثم أن رجلاً أتي يطلب فيها الشفعة فزعم المشترى أنه اشترى شيئاً مقسوماً وأدعى الشفيع أنها لم تقتسم على من ترى البينة؟ قال: بلغني عن سعيد بن المسيب أنه قال: أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان والمدعي عليه أن يقول لم يكن، فالذي قال هو مقسوم وقد اشتريت مقسوماً مدع لأنه لا يشك أن الأرض أصل ما كانت عليه أنها لم تقسم، فهو مدع حين يقول اشتريت شيئاً قد قسم، فعليه أن يثبت ذلك، والذي يقول لم يقسم مدعى عليه فالقول قوله حتى تبطل قوله البينة). وانظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٨.

نصفها شائعا وقد مات البائع أو غاب، وقال الشريك كنت قاسمت شريكي قبل أن تشتري أنت منه لكان القول قول المشتري إن ذلك شائع غير مقسوم حتى يعلم أنه قاسمه فيه[1].

(١) قوله: (فصل... إلى آخر الفصل) مثبت فقط من (ق٦).

باب


إذا اشترى بثمن ثم زاد أو حط منه أو أسقط وفي الإقالة


وإذا اشترى بألف ثم زاد المشتري البائع مائة استشفع بالألف؛ لأن الزائد هبة، وقال أشهب في المجموعة: وللمشتري أن يرجع على البائع بما زاده بعد أن يحلف ما زاد إلا فراراً من الشفعة، وإلا فلا رجوع له.

وقال عبد الملك: يستشفع بالألف ومائة، وإلا يترك ولا يتهم المشتري أن يريد إلا إصلاح البيع[1]، ولا أعلم لذلك وجهاً؛ لأن المشتري كان في مندوحة عن تلك الزيادة، وقد استحق الشفيع الشفعة بالألف، إلا أن يعلم أنه لو لم يزده لادعى عليه ما يفاسخه البيع به، وأمَّا إن حط من الثمن، فقال ابن القاسم في المدونة: إذا حط تسعة مائة درهم، فإن كان يشبه أن يكون ثمنها عند الناس مائة درهم استشفع بمائة درهم، وإن كان لا يشبه أن يكون ثمنها مائة درهم كانت الشفعة بالألف[2]، وأرى إن حط مائة أو ما يمكن أن يسامح به المشتري فإنه يستشفع بقيمته.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦٧.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٣، ونصه: (قلت: أرأيت ما حط البائع عن المشتري قبل أخذ الشفيع بالشفعة أو بعد ما أخذ؟ قال: إذا وضع عنه ما يرى أن مثل ذلك مما يوضع في البيوع، فذلك يوضع عن الشفيع. وإن كان شيئا لا يوضع مثله، فإنما ذلك هبة، ولا يوضع عن الشفيع من ذلك شيء).

فصل

[فيما يجب في الشفعة من الثمن]

الشفعة تجب بمثل الثمن إذا كان دنانير أو دراهم أو ما يكال أو يوزن، وإن كان عرضاً أو غير ذلك مما لا يقضى فيه بالمثل فعلى ثمانية أقسام:

فالأول: إذا كان الثمن عبداً بعينه، فالشفعة بقيمته يوم البيع لا يوم الاستشفاع.

الثاني: أن يكون موصوفاً في الذمة حالاً، فالشفعة بمثله الآن.

والثالث: أن يكون الشقص صداقاً ففيه وجهان؛ فقيل: يستشفع بقيمة الشقص، وقيل: بصداق المثل، وهذا بناء على استحقاق الشقص، فقيل: يرجع بقيمته، وقيل: بصداق المثل وبقيمته أحسن[(١)].

والرابع: أن يكون أخذ عن خلع[(٢)] أو صلح أو عن دم، فالشفعة بقيمته.

والخامس: أن يكون صلحاً عن دارٍ أو عبد، والمدعى عليه منكر، فقيل: فيه الشفعة بقيمة المدعى فيه، وقيل: لا شفعة فيه؛ لأن الأول إنما دفع عن نفسه خصومة، والقياس أن يستشفع بقيمته لا بقيمة المدعى فيه قياساً على قوله: إنه إذا استحق رجع بقيمته لا بقيمة المدعى فيه، وفي استشفاعه بقيمة المدعى فيه ظلم على الشفيع؛ لأنَّ الغالبَ في الصلح على الإنكار أنه لا يؤخذ ما يساوي قيمة المدعى فيه، ولا ما يقاربه، والمسامحة فيه والتجاوز أكثر منه في النكاح، فإذا لم يجعل لزوجته أن تأخذ من الشفيع قيمة ما سلمت وهو صداق المثل لم يرجع

---

(١) قوله: (وبقيمته أحسن) زيادة من (ق٦).

(٢) في (ق٧): (خلف).

هذا بقيمة ما ادعى فيه مع أنه لم يثبت أنه ملك له.

والسادس أن يكون ذلك الشقص عوضاً من هبة الثواب، فإنه يستشفع إن كانت الهبة قائمة بقيمته.

واختلف إذا كانت فائتة، فقال ابن القاسم: بقيمته، وقال أشهب وعبد الملك: بالأقل من قيمة الهبة أو قيمة الثواب[1].

(ف) ٣١/ب

والسابع أن يكون الثمن/ جزافاً، فقال محمد: إن اشترى بحلي جزافاً، فإنّ الشفيع يستشفع بقيمته، فإن كان ذهباً قوِّم بالفضة أو فضة قوِّم بالذهب، والقيمة في ذلك يوم كان اشترى ليس يوم يأخذ بالشفعة، وكذلك كل ما اشترى به جزافاً فالقيمة في ذلك يوم كان اشترى ليس يوم يأخذ بالشفعة.

والثامن: أن يكون مما له مثل فيغرم ذلك المثل، فرجع فيه إلى القيمة، فقال مالك في المجموعة فيمن اشترى بعنبر يوجد ولم يأخذ، فعلى الشفيع قميته[2]، وأرى أن يكون المشتري بالخيار بين أن يأخذ بقيمة هذا أو يضم حتى يؤخذ أو يأتي وقت السفر به أو قدوم الناس به.

فصل

[في الشقص يباع بياعات والشفيع غير عالم]

وإذا بيع الشقص بياعات والشفيع غير عالم كان له أن يستشفع بأيها أحب، فإن استشفع بأولها انفسخ ما كان من البياعات، ورجع كل مشترٍ على بائعه بالثمن، وإن استشفع بآخرها بيعاً؛ ثبت جميعها، وإن استشفع بأوسطها ثبت ما قبلها، وانفسخ ما بعدها، وإن كان بيعاً ونكاحاً وتقدم البيع كان له بالخيار بين

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥، ١٧٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦١.

أن يستشفع من الزوج بالثمن وترجع الزوجة بالثمن على الزوج بقيمة ذلك الشقص، وتكتب العهدة عليها، وإن تقدم النكاح ثم باعت ذلك الزوجة استشفعت الزوجة بقيمة الشقص، وينفسخ البيع أو من المشتري بالثمن، وكتب العهدة عليه، ولو كان نكاح وخلع استشفع من الزوجة بقيمته يوم النكاح، ويرجع الزوج عليها بقيمته يوم الخلع، فإن كان بيعاً ثم هبة[1] كان له أن يستشفع من المشتري، واختلف لمن يكون الثمن، فقال ابن القاسم: الثمن للموهوب له، ولا يشبه ما استحق[2]، وقال أشهب: الثمن للواهب، قال محمد: وهو أحبُّ إلينا، وقاله سحنون[3].

واختلف إذا اشترى شقصاً بثمن إلى أجل أو أخذه من دين مؤجل على ثلاثة أقوال، فقيل: يأخذ بمثل ذلك من الثمن مؤجل في الوجهين جميعاً، وهو قول ابن القاسم في المدونة فيمن اشترى بثمن إلى أجل يستشفع[4] بمثله، وإن أخذه عن دية خطأ وهو غني استشفع بمثله منجما في ثلاث سنين[5]، وقيل: يستشفع بقيمته في الوجهين جميعاً، وقيل: إن اشتراه بثمن مؤجل استشفعه بمثله، وإن أخذه من دين فقيمته وهو على قول عبد الملك وسحنون، ثم ينظر إلى الدين، فإن كان عرضاً استشفع بقيمته عيناً، وإن كان عيناً قوم بما يكال ويوزن[6]، قال ابن عبدوس عن سحنون: تقوّم العين بعروض ويقوّم العروض

(١) قوله: (ثم هبة) يقابله في (ف): (ثم وهبة).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٢.

(٣) قوله: (وقال أشهب...وقاله سحنون) زيادة من (ق٦).

(٤) قوله: (يستشفع) ساقط من (ف).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٦٢.

بعين، وبه يستشفع الشفيع[١]، والأول أحسن، وإن كان الثمن طعاماً أخذ بمثله، ولا يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى؛ لأن الطعام الذي في ذمته ثابت لمن باع منه يوفيه إياه، وهذا بيع بمثله[٢]، والقول الأول أحسن أن يستشفع بمثله في الوجهين جميعاً؛ لأنَّ الدين إن كان عيناً أو عرضاً موصوفاً له مثل والأجل له مثل، فالأصل في الشفعة أن يؤخذ بمثل الثمن فيوجب أن يأخذه بمثله إلى أجلٍ.

وقال أشهب في كتاب محمد: إن اشتراه بثمن مؤجل وهو عين استشفع بمثله إلى أجل، وإن كان المؤجل عرضاً أخذ بقيمته، قال محمد: وهذا غلط[٣].

قال الشيخ ﷺ: وهذا مثل قول ابن القاسم في المدونة، إذا أخذ عن دية خطأ وهي عين، أخذ بمثله، وإن كانت إبلاً أخذ بقيمتها، وإذا أخذ ذلك من دين مؤجل، وكان الغريم مُلِدًا ظالماً أو لا وفاء عنده أو عليه/ غرماء، لم يأخذ[٤] الشفيع بمثل ذلك الدين، ثم يختلف بم[٥] يأخذ؟ فعلى القول في الموسر إنه يأخذ بمثل ذلك الدين يحط ها هنا ما يرى أنه يحط لمكان لدده أو قلة وفائه، وعلى القول الآخر يأخذ بقيمة ذلك الدين على حال من هو عليه، إلا أن يتبين أن الطالب لم يهضم لذلك شيئاً، وأنه يأخذ ما يؤخذ بمثله من الموسر الموفي، فلا يحط من عدد ذلك الدين شيئاً.

(ف ٣٢/أ)

---

(١) انظر: النوادرو الزيادات: ١١/ ١٦٣.

(٢) في (ق٦): (مثله).

(٣) انظر: النوادرو الزيادات ١١/ ١٦٣.

(٤) قوله: (لم يأخذ) يقابله في (ف): (ثم يأخذ).

(٥) قوله: (ثم يختلف بم) يقابله في (ف): (لم يختلف بها).

واختلف إذا أخذه من دين حالٍ[١]، فقيل: يأخذه بقيمته، وهو قول ابن القاسم في المدونة؛ لأنه لا يبيع ما أخذ من دين حال مرابحة، إلا أن يبين، وقال: لا يبين ويأخذ هذا بالشفعة بجميع الثمن[٢]، وهذا أحسن إذا كان الغريم موسراً غير مُلِد، ومكنه من أخذ دينه، وإن كان معسراً أو ملداً فليبين في المرابحة، ويستشفع الآخر بالقيمة، وإن اشترى بدين له في ذمة رجل آخر كان كالذي اشتراه بثمن في ذمته.

واختلف إذا لم يأخذ الشفيع حتى حل الأجل هل يأخذه بمثل الثمن حالاً أو يستأنف له وهو أحسن؛ لأن الأول كانت له الغلة[٣].

فصل[٤]

[في الشفعة فيمن اشترى بدين إلى أجل والشفيع مثله في اليسار أو دونه]

وإن اشترى بدين إلى أجل وهو موسر والشفيع مثله في اليسار كانت له الشفعة، واختلف إذا كان دونه في اليسار إلا أنه مأمون، فقيل: له الشفعة، وقيل: لا شفعة له، إلا أن يأتي بحميل مثل الأول في اليسار، وإن كان الشفيع معسراً لم يستشفع إلا أن يأتي بحميل موسر، ثم يختلف هل يجزئ إذا كان مأموناً، أو حتى يكون مثل الأول؟ والصواب في السؤالين جميعاً أن له الشفعة إذا كان مأموناً، وإن لم يكن مثل الأول.

---

(١) قوله: (حال) ساقط من (ف).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٨.

(٣) قوله: (لأن الأول كانت له الغلة) ساقط من (ق٧) و(ف).

(٤) قوله: (فصل) ساقط من (ق٧) و(ف).

واختلف إذا كانا[١] فقيرين؛ المشتري والشفيع، وهو مثل الأول في الفقر هل له شفعة أم لا؟ وأنّ له الشفعة أحسن؛ لأنه موسر بجميع ذلك النصيب الذي استشفع به، والنصيب الذي استشفعه، وكذلك لو كان النصيب الذي استشفع به يسيراً والمستشفع كثير، ولأنه موسر بجميع ذلك إلا أن يكون عليه غرماء أو يعلم منه الإتلاف فلا يمكن من الشفعة إلا بحميل مأمون.

واختلف إذا قام الشفيع بعد أن حل الأجل هل يلزم تعجيل الثمن أو يؤخر[٢] به بمثل ذلك الأجل وهو أحسن؛ لأنّ الأجل إنما يراعى من بعد الملك، فالأول ملك سنة يغتل ويسكن ثم بعد ذلك دفع، فكذلك هذا يأخذ ويغتل ويسكن ثم يدفع الثمن بعد سنة.

---

(١) في (ف): (كان)

(٢) في (ف): (يؤخذ).

باب



في تسليم الشفعة أو[1] أخذها قبل المعرفة بالثمن والرجوع فيها بعد تسليمها



أو قبل تسليم الشفعة قبل معرفة الثمن جائز، واختلف في الأخذ قبل معرفة الثمن، فقيل: جائز، وهو ظاهر المدونة[2]؛ لأنه قال: إذا أشهد أنه أخذه قبل المعرفة بالثمن، ثم قال: بدا لي، قال: له، أن يترك[3] إن أحب، فجعله بالخيار في التمسك، ولو كان عنده فاسداً لم يكن له أن يمسك، وفي كتاب محمد أن ذلك فاسد ومجبور على رده.

واختلف إذا كان الثمن عبداً وهو يعرفه، وأخذ قبل المعرفة بقيمته، فقال: ذلك فاسد، وقال في موضع آخر[4]: إنه جائز[5]، ومثله إذا كانت الشفعة تجب بقيمة الشقص المستشفع به؛ لأنَّه كان صداقاً أو ثمناً لخلع أو لدم، فينبغي ألا يستشفع حتى يقوَّم، وإن استشفع قبل المعرفة بقيمته جرت على القولين، وإن أحدث/ المشتري بناءً فكذلك يؤمر أن يعرف قيمته قبل الأخذ، فإن هو أخذ قبل المعرفة فعلى القولين، واستحسن أن يمضي في ذلك كل ما لا تتباين فيه القيم، وينقض فيما لا يدرى هل يقل أو يكثر؟ واستخف محمد إذا كان الثمن

(ف)
٣٢/ب

---

(١) في (ق٦): (إذا).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥١.

(٣) في (ف) و(ق٧): (ويترك).

(٤) قوله: (في موضع آخر) ساقط من (ف).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٠.

طعاماً سمى له كيله دون صفته، ورآه جائزاً، وإن وصف بعد ذلك وكان وسطاً أو دونه لزمه، وإن كان أعلى من الوسط كان بالخيار إما أخذ أو ترك، وإذا سلم قبل المعرفة بالثمن ثم أعلم به لم يكن له قيام ولا رجوع إلا أن يكون في الثمن بخس مما لا يظن أنه يباع[1] به، فله الرجوع مثل أن يكون ثمن الشقص ألفاً، فوجده بيع بمائة.

فصل

[في تسليم الشفعة وأخذها قبل معرفة المشتري]

تسليم الشفعة وأخذها قبل المعرفة بالمشتري جائز، قال محمد: ولا رجوع له[2]، وإن كان عدواً أو شريراً أو مضاراً[3]، والصواب أن يكون له الرجوع إذا تبين أن المشتري على أحد هذه الحالات، ومن يرى أنه لو علم به الشفيع لم يسلم له، وليس كذلك إذا أخذ ثم تبين أنه على مثل ذلك فلا رجوع له؛ لأنَّ ذلك أحرى أن يرغب في الأخذ وألا يكون شريكاً له، وإن سُمِيَ له رجل فسلم أو أخذ ثم تبين أنه غير من سُمِيَ له لزمه الأخذ ولا يلزمه التسليم؛ لأنَّ الترك يتضمن وجهين: المنة على المتروك له، وغرضه أن يكون ذلك شريكاً له، وقد يكون بينه وبين من سُمِيَ له مؤاخاة وصداقة، أو من يترك لمثله مراعاة لجاهه وقدره، وإن كان تركه كراهية للأخذ، وكان المسمى له ليس على شيء من ذلك، وهو ممن[4] لايرغب عنه؛ لأنه من أهل الخير والسلامة في العشرة -لم يكن له

(١) في (ف) و(ق٢): (يبلغ).

(٢) انظر: النوادرو الزيادات: ١١/ ١٩٣.

(٣) قول: (أو مضارا) ساقط من (ف).

(٤) في (ف): (وهذا مما).

مقال ولا رجوع، وكذلك إذا قيل له: إن فلاناً اشترى نصيب شريكك، فَسَلِّمْ أو خُذْ ثم تبين له أنه اشترى ذلك هو وآخر معه، فإنه لا مقال له في الأخذ، كما تقدَّم لو كان المشتري واحداً، فأخذ ثم تبين أنه غيره، وله مقال في الترك[1] فيأخذ نصيب من لم يسم له، واختلف في نصيب من سمّى له.

---

(١) في (ف): (الشريك).

باب



في الشفيع يوقف على أخذ الشفعة والتلوم له في الانفراد إذا أخذ



وللمشتري أن يقوم على الشفيع ويلزمه بالأخذ أو الترك، فإن امتثل أحد الوجهين، وإلا رفعه إلى السلطان فألزمه مثل ذلك، فإن سأل أن يؤخر لينظر ويستشير كان فيه قولان، فقيل: لا يمكن من ذلك، ويجبره السلطان على الأخذ أو الترك، وقال مالك في المختصر: يؤخر اليومين والثلاثة، وهو أحسن إذا كان وقفه بفور ما اشترى؛ لأنَّ الأولَ قد تربص وأمهل، وإن تأنى[1] قبل الشراء، وكان وقفه بعد أيام وهو عالم -لم يمهل إلا اليوم لا أكثره[2].

واختلف إذا كان الثمن مؤجلاً، فقيل: هو كالأول، وقيل: بخلافه[3]، وإذا أخذ بالشفعة وسأل الصبر ليأتي بالثمن كان ذلك له، واختلف في القدر الذي يؤخر له، فقال مالك: ثلاثة أيام، وفي ثمانية أبي زيد: العشرة ونحو ذلك مما يقرب، ولا يكون على المشتري فيه ضرر، وقال أصبغ: الخمسة عشر والعشرين وأكثر بقدر ثمن الشقص وكثرة المال وجمعه، والشهر إن[4] رأى

---

(١) قوله: (وهو أحسن إذا كان وقفه بفور ما اشترى؛ لأن الأول قد تربص وأمهل، وإن تأنى) زيادة من (ف).

(٢) انظر: النوادرو الزيادات: ١١/ ١٨٤، وهو بالمدونة أيضًا، انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٤، ونصه: (قلت: أرأيت إن أراد الأخذ بالشفعة ولم يحضر نقده، أيتلوم له القاضي في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: رأيت القضاة عندنا، يؤخرون الأخذ بالشفعة في النقد اليوم واليومين والثلاثة. قال: ورأيت مالكا استحسنه وأخذ به ورآه).

(٣) فراغ في (ف) و(ق٧)، وغير واضح في (ق٢).

(٤) قوله: (والشهر إن) يقابله في (ف): (والشهران إن).

ذلك الحاكم[١] ولا أرى لما وراء ذلك تأخيراً في شيء قلَّ أو كثر.

قال الشيخ رحمه الله: وأرى الشهر كثيراً، والشهر كبيعه إلى أجل، والأصل بيع نقدٍ، والعشرة[٢] والخمسة عشر ففي كثرة/ المال حسن، فإن كان يعجز عن ذلك قطع السلطان[٣] شفعته، وإذا أخذ وأتى الأجل ولم يحضر ولم يأت بالمال كان المشتري بالخيار بين أن يمضي له الأخذ ويباع عليه ذلك الشقص وغيره في الثمن أو يرد الشقص ويأخذ ثمنه[٤]؛ لأنه[٥] ليس له أن يأخذ للبيع، وهذا إذا شرط عليه إحضار الثمن إلى ذلك الأجل، ولم يزد على ذلك، وإن كان شرط عليه إن لم يحضره فلا شفعة له فعجز سلم ذلك، ولم يكن للمشتري أن يسلمه ليباع عليه في الثمن.

(ف) ٣٣/أ

---

(١) انظر: النوادرو الزيادات: ١١/ ١٨٦.

(٢) قوله: (نقد والعشرة) يقابله في (ف): (بقدر العشرة).

(٣) قوله: (السلطان) زيادة من (ق٦) و(ق٧).

(٤) قوله: (ثمنه) ساقط من (ق٧) و(ق٢).

(٥) قوله: (لأنه) ساقط من (ف).




باب
فيمن اشترى داراً فهدمها ثم استحق نصفها

وإذا اشترى[١] رجل داراً فهدمها ثم استحق رجل[٢] نصفها، فإنه لا يخلو النقض[٣] من أربعة أوجه: إما أن يكون قائماً بيد المشتري، أو باعه، أو وهبه، أو بنى تلك الدار به.

---

(١) في (ف): (استحق).
(٢) قوله: (رجل) سقط من (ق٢).
(٣) في (ق٧): (النقص).

باب



فيمن سلم[(١)] الشفعة بعد الشراء[(٢)] أو قبله بعوض أو بغير عوض



وإذا أسلم الشفيع الشفعة بعد عقده البيع بعوض أو بغير عوض؛ جاز ذلك، ولم يكن له رجوع، واختلف إذا أسلمها قبل الشراء، فقال له: اشتر[(٣)]، فإذا اشتريت فلا شفعة لي عليك، فقيل: لا يلزمه ذلك[(٤)]، وله أن يستشفع ويجري فيها قول آخر أن لا شفعة له قياساً على من قال: إن اشتريت عبد فلان؛ فهو حر أو[(٥)] تزوجت فلانة؛ فهي طالق؛ لأنه أوجب العتق قبل الملك والطلاق قبل أن تصل إلى حالة يصح فيها الطلاق[(٦)]، وقد قالوا فيمن جعل لزوجته الخيار: إن تزوج عليها فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج عليها[(٧)] إن ذلك لازم وهو في الشفعة أبين؛ لأنه أدخل[(٨)] المشتري في الشراء لمكان الترك، ولولا ذلك لم يشتر، فأشبه هبة قارنت البيع؛ لأنه لو قال له[(٩)]: اشتر ذلك الشقص والثمن عليَّ فاشتراه للزمه أن يغرم الثمن الذي اشتراه به؛ لأنّه أدخله في الشراء،

---

(١) في (ق٢): (إذا أسلم).

(٢) في (ف): (الاشتراء).

(٣) في (ف): (اشتريها).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٠.

(٥) في (ف): (و).

(٦) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (وأن تصير إلى حالة يصح فيها العتق والطلاق).

(٧) قوله: (فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج عليها) سقط من (ف).

(٨) قوله: (لأنه دخل) يقابله في (ق٧): (إنما دخل).

(٩) قوله: (له) ساقط من (ف).

وهذا[١] قول مالك وابن القاسم فهو في ترك الشفعة أبين.

وقد[٢] اختلف فيمن يقول[٣] لزوجته: إن جئتني بما لي عليك فأنا أطلقك[٤] فجاءته به، فقال مرة: يلزمه الطلاق[٥]، وليس له أن يدعها حتى يكثر[٦] مالها، ثم ينزع عنها[٧] فإن ترك الشفعة قبل الشراء بعوض؛ لم يجز ذلك[٨]؛ لأنه لا يدري هل يبيع ذلك الشقص أم لا؟ وإن ترك بعوض لشرط فقال له: إن[٩] اشتريت ذلك الشقص فقد سلمت لك شفعتي على دينار تعطيني إياه[١٠]، وإن لم يبعه منه[١١] فلا شيء له عليك؛ جاز ذلك، ولو شرط النقد لم يجز، وإن سلم الشفيع شفعته لغير المشتري بعوض أو باطلا؛ لم يجز ذلك[١٢] لوجهين: **أحدهما**: أنه لم يأخذ فيبيع ذلك.

والثاني: أن من حق المشتري ألا يستشفع ليبيع، ولو أراد المشتري أن يبيع ذلك من أجنبي ولم يسقط الشفيع شفعته إلا بجعل جعله المشتري الأول أو[١٣]

---

(١) في (ف): (وهو).

(٢) قوله: (قد) سقط من (ف).

(٣) قوله: (فيمن يقول) يقابله في (ف): (في الذي يقول).

(٤) قوله: (فأنا أطلقك) يقابله في (ق٢): (فأنت طالق).

(٥) انظر: النوادرو الزيادات: ٥/ ٢٦٠.

(٦) في (ف): (تيسر).

(٧) قوله: (ثم ينزع عنها) زيادة من (ق٧).

(٨) قوله: (ذلك) زيادة من (ق٧).

(٩) قوله: (إن) سقط من (ق٧).

(١٠) في (ق٧): (تعطيه إياي).

(١١) في (ق٧): (منك).

(١٢) قوله: (ذلك) زيادة من (ق٧).

(١٣) في (ق٧) و(ق٢): (و).

الآخر للشفيع لجاز ذلك، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب فيمن وجبت له شفعة فصالح بتركها[١] على أنه متى بلغه أذى المشتري أو أذى ولده أو والده فهو على شفعته، قال: لا يلزم ذلك، وله القيام فيها، ومتى طلبه المشتري بالأخذ أو الترك كان ذلك له[٢] ما لم يطل الزمان والطول الشهور الكثيرة، وقال أصبغ: الصلح جائزٌ والشرط لازم، ولا يرجع الشفيع حتى يكون ما استثنى وإن أراد المستشفع منه[٣] أن يدع الصلح ويوقف له الشفيع/ على الأخذ أو الترك، فذلك له[٤]، وجعل المقال في ذلك والرجوع[٥] للمشتري دون الشفيع؛ لأنّ ترك[٦] الشفيع هبة له، وعليه في الترك على تلك الصفة مضرة؛ لأنَّها إن أحدثا بناء أو غرساً أو تغير لحسن قيام ثم حدث شيءٌ من المشتري أو ولده قام فأعطاه قيمة ما أحدث وأخرجه وكان له أن يقوم فيقول: إمَّا أن يسقط حقك[٧] مرة ويتصرف تصرف[٨] من لا يخشى أن ينزع من يديه أو تأخذ فرأى مطرف أيضاً أن للشفيع في ذلك مقالاً[٩]، وقال أشهب فيمن اشترى شقصاً على خيار فسلم له الشفيع

(ف) ٣٣/ب

---

(١) في (ق٧): (على تركها).

(٢) قوله: (له) سقط من (ق٧).

(٣) قوله: (وإن أراد المستشفع منه) زيادة من (ق٧).

(٤) انظر: النوادرو الزيادات: ٧/ ١٧٣.

(٥) قوله: (والرجوع) زيادة من (ق٦).

(٦) قوله: (الشفيع على الأخذ أو الترك، فذلك له، وجعل المقال في ذلك والرجوع للمشتري دون الشفيع؛ لأن ترك) سقط من (ق٧).

(٧) في (ف) و(ق٢) و(ق٦): (حقاً).

(٨) في (ف): (بصرف).

(٩) قوله: (فإن ترك الشفعة قبل الشراء بعوض لم يجز ذلك لأنه لا يدري...... فرأى مطرف أيضاً أن للشفيع في ذلك مقالاً) اختلف السياق في (ق٢) وقدمت فقرات وأخر غيرها، والمثبت يوافق (ق٦).

الشفعة ثم استوجب إن له الشفعة[١]، وهذا أبعد و[٢] أبين في سقوط الشفعة؛ لأنه قد حصل السبب الذي يكون لأجله المطالبة أو الترك كالذي أجاز له ورثته وصيته بأكثر من ثلثه في مرضه بخلاف الصحة.

فصل

[فيمن أراد أن يشفع لغيره]

ومن المدونة: وإذا بيع نصيب من دار وأتى شفيعها فأراد أن يأخذ بالشفعة لغيره إنه ليس ذلك له[٣]، وهذا هو الصحيح وهو يرد قوله الأول[٤] فيمن استشفع وعليه غرماء؛ لأن ذلك للبيع. قال محمد: فإن أربحه ثم ظهر على ذلك فله رده إن ثبت ذلك بمعرفة أو إقرار الشفيع[٥].

ومن المدونة قال ابن القاسم[٦] في دار في يد رجل فأقام رجل البينة أنه اشتراها من هذا الذي الدار في يديه وأقام الذي الدار في يديه البينة[٧] أنه اشتراها من هذا المدعي، قال[٨]: فإن تكافأت البينتان فهي للذي هي في يديه؛

---

(١) انظر: النوادرو الزيادات: ١١/ ١٧٩.

(٢) قوله: (أبعد و) سقط من (ق٢).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥٦.

(٤) قوله: (الأول) سقط من (ف).

(٥) قوله (قال محمد: فإن أربحه ثم ظهر على ذلك فله رده إن ثبت ذلك بمعرفة أو إقرار الشفيع) كذا في (ق٦) ويقابله في ف (قال محمد ربحه ثم ظهر على ذلك قلة معرفة أو أقر وعليه غرماء لأن ذلك للبيع) وفي (ق٧): (قال محمد فإن أربحه ثم ظهر على ذلك قلة معرفة أو أقرأن ذلك بمعرفة أو إقرار الشفيع)

(٦) قوله: (ابن القاسم) سقط من (ق٢).

(٧) قوله: (البينة) سقط من (ق٧).

(٨) قوله: (قال) سقط من (ف).

فإن كانت إحداهما أعدل قضي بها لأعدلهما بينة(١).

قال الشيخ: ولو لم تكن لهما بينة لكانت للذي هي في يديه(٢)؛ لأنَّ الحكم إذا تكافأت البينتان سقطتا، ويصيران(٣) كمن لا بينة لهما؛ لأنه إذا تكافأت الدعاوى(٤) بقيت اليد(٥)، وهذا إذا كانت الشهادتان عن مجلس واحد أو عن مجلسين وعدمت التواريخ، فإن علمت التواريخ كانت لآخرهما تاريخاً؛ لأنَّ صاحبها يقول: أنا أصدق بينتك أنك اشتريتها مني، وهذه بينتي تشهد أني اشتريتها بعد ذلك منك.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٢٩.

(٢) قوله: (فإن كانت إحداهما أعدل قضي... في يديه) سقط من (ف).

(٣) قوله: (سقطتا ويصيران) يقابله في (ق٢) و(ق٧): (أن تسقطا ويصيرا).

(٤) في (ف): (الدعوى).

(٥) في (ف): (ففيه البينة).

باب



فيمن[1] اشترى شقصاً بعبد فاستحق ذلك[2] العبد أو وجد به عيباً



ومن اشترى شقصاً بعبد فلم يستشفع الشفيع حتى استحق العبد أو وجد به عيباً فرد به كان لبائع الشقص أن يسترجعه ولا شفعة للشفيع، فإن تغير الشقص بزيادة أو نقصان لم يرد، ورجع البائع على المشتري بقيمته، وكانت الشفعة للشفيع بمثل ذلك، وإن استحق العبد أو رده بعيب بعد أن استشفع ذلك الشقص، وقبل أن يفوت كان ذلك فوتاً فيما بين المشتري والشفيع أنه لا يرد الشقص.

واختلف بماذا يستشفع؟ فقال ابن القاسم: بقيمة العبد، بمنزلة ما لو كان قائماً بيد مشتريه ولم يرده،[3] قال: لأنّ الأخذ بالشفعة بيع حادث[4]، وقال عبد الملك بن الماجشون وسحنون: الشفعة بقيمة الشقص[5]، لأنَّ القيمة عادت

---

(١) في (ق٢): (إذا).

(٢) قوله: (فاستحق ذلك) يقابله في (ق٢): (ثم استحق).

(٣) زاد في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (لو).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٨١، ونصه: (قال ابن القاسم: ومن ابتاع شِقصاً قيمتُه ألفٌ بعبد قيمتُه ألفان فأخذه الشفيع بقيمة العبد ثم استُحق العبدُ فليرجع البائعُ أيضاً بقيمة شِقصه ألف ولو كان الشقص قيمته ألفان وقيمة العبد ألف ثم استحق العبد لرجع البائع أيضاً بقيمة شقصه ولا رجوع للشفيع عليه بشيء.

وقال ابن القاسم وقاله أشهب وأصبغ وقال عبد الملك في الكتابين: إن الشفيع مخيرٌ إن كان قيمة الشقص أكثر فإن شاء استشفع بذلك وإن شاء رد، قال في غير الكتابين: إن كان قيمة الشقص أقل رجع الشفيع بما بقي له، وقاله سحنون).

ثمناً، وهي التي وزن المشتري فيه، وإن كانت قيمة الشقص ألفاً، وقيمة العبد خمس مائة أو ألف وخمس مائة غرم الشفيع ما غرمه المشتري من الألف، ولا ينظر إلى قيمة العبد؛ لأنه يسقط أن يكون ثمناً، وإذا اقتصر على قيمة العبد؛ أدى ذلك إلى خسارة المشتري إن كانت قيمته خمس مائة أو إلى ربحه إن كانت قيمته ألفاً/ وخمس مائة، ومثله إذا كان البيع بطعام فاستحق أو رد بعيب بعد أن أخذ الشفيع، فإن البائع يرجع بقيمة شقصه، وتبقى الشفعة على قول ابن القاسم بمثل الطعام، وعلى قول عبد الملك بقيمة الشقص وهو أحسن[1]، وإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد أو الطعام كان الشفيع بالخيار بين أن يتمسك بالشفعة أو يرد، لأنه يصير بمنزلة من استشفع على ثمن ثم تبين أنه أكثر منه.

(ف) ٣٤/أ

---

(١) في (ق٧) و(ف): (أقيس).



باب
في الشركة في الشفعة



وإذا كانت دار بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه وسلم أحد الباقين الشفعة وقام الآخر وقال: آخذ بقدر نصيبي لم يكن له ذلك إذا كره المشتري؛ لأنه يبعض عليه صفقته، ويقال له خذ الجميع أو دع.

واختلف إذا قال الشفيع: أنا آخذ جميع الصفقة، وقال المشتري لا أسلم لك إلا نصيبك منه، فقال مالك للشفيع أن يأخذ جميع ذلك النصيب[1]، وقال ابن حبيب: إن أراد من أسقط حقه في ذلك وجه المشتري لم يستشفع إلا نصيبه، وإن كان تركه كراهية لأخذه أخذ جميع النصيب[2]، وفي مختصر الوقار قال[3]: ليس لمن لم يُجِزْ إلا مصابته خاصة[4] وهو أقيسها؛ لأنَّ الذي كان له من الشفعة نصفها والفاضل لا شيء له فيه، فإذا أسقط الآخر[5] حقه فيه كان لمن ترك له، فإن كانت الدار بين أربعة[6] فباع اثنان نصيبهما صفقة واحدة كان للثالث أن يأخذ الجميع، وليس له أن يأخذ نصيب أحدهما إلا أن يرضى المشتري، وإن كان البائع واحداً والشفيع واحداً، والمشتري رجلان اشتريا صفقة واحدة[7].

فقال: أنا أشفع من[8] أحدهما لم يكن ذلك له عند ابن القاسم، وذلك له

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٥٣.

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ق٢).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٥٣.

(٥) قوله: (أسقط الآخر) في(ف): (سقط).

(٦) قوله: (كانت الدار بين أربعة) ساقط من (ق٧).

(٧) قوله: (اشتريا صفقة واحدة) ساقط من (ف).

(٨) قوله: (أنا اشفع من) يقابله في (ف): (الشفيع أنا آخذ من أحدهما فقام الشفيع على).

عند أشهب، وبه قال سحنون[1]، وهو أحسن، وليس لمن أخذ منه أن يقول: لا تأخذ مني إلا أن تأخذ من شريكي، ولا لمن لم يؤخذ منه أن يقول: لا تأخذ من شريكي إلا أن تأخذ مني أو لا تترك الأخذ مني إلا أن تترك شريكي، وإن كان المشتري رجلاً واحداً والشفيع واحداً والبائع رجلان، باع نصيبهما من ذلك صفقة واحدة[2] لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ النصيبين أو يترك، وكذلك: إذا باعا نصيبهما من دارين أو دار وبستان، وكل ذلك صفقة واحدة.

ويختلف إذا كانت شركتهم مفترقةً: لأحدهم شركة في دار، وللآخر شركة في بستان، فباعا ذلك صفقة واحدة[3] على من أجاز جمع[4] السلعتين، والشفيع في ذلك واحد، فأحب أن يستشفع نصيب أحدهما دون الآخر، فقال ابن القاسم: ليس ذلك له إلا أن يأخذ الجميع، أو يدع[5]، وهذا هو أحد القولين في الصفقة لمالكين هل هي كالصفقة لمالكٍ واحدٍ إذا عقد أحدهما عقداً واحداً حلالاً والآخر عقداً حراماً؟ فقيل: يفسد جميع العقد، وقيل: يفسخ الحرام وحده، فعلى هذا يكون له أن يستشفع من أحدهما دون الآخر بمنزلة العقدين، لأنه لا يقدح أحدهما في فساد الآخر، ولو استحق أحدهما وهو الوجه لم يكن للمشتري أن يرد على الآخر، وعلى قوله ها هنا إنه يأخذ الجميع أو يدع يكون فساد أحدهما يقدح في الآخر، وإذا استحق الوجه رد الآخر، والقول إنه كالعقدين أحسن، وإن كان الشفعاء ثلاثة فاستشفع[6] أحدهم في الدار،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٥٦.

(٢) قوله: (واحدة) ساقط من (ق٢).

(٣) قوله: (واحدة) ساقط من (ق٢).

(٤) في (ق٧) و(ق٢): (جميع).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٥٦.

(٦) في (ق٢): (فلا يستشفع).

والآخر في الحمام، والآخر في البستان كان ذلك لهم، لأنه لم يبقَ في يد المشتري شيء، وإن بعَّض/ أحدُهم نصيبَه فباعه ثلاث صفقات كان للشفيع أن يستشفع جميعها أو أحدها، فإن استشفع الأولى أو الأولى[1] والثانية صفقة لم يشركه المشتري بما بيع بعد، وإن استشفع الوسطى استشفع معه المشتري بالأولى، وإن استشفع الوسطى والآخرة استشفع معه فيهما بالأولى، وإن استشفع الأولى والآخرة استشفع بالوسطى في الآخرة[2].

(ف) ٣٤/ب

وفي كتاب محمد في دار بين أربعة نفرٍ غاب اثنان فباع أحد الحاضرين نصيبه على ثلاث صفقات فاستشفع الحاضر الصفقة الآخرة وحدها[3]، وهي ثلث الربع كان للمشتري أن يستشفع معه بالصفقتين الأولين، وذلك ثلثا الربع، وللشفيع ربعٌ كاملٌ فيقسم بينهما الصفقة الآخرة على خمسةِ أجزاءٍ، فإن قدم ثان فسلم للمشتري ما سلم الأول فاستشفع في الآخرة كانت بينهما على ثمانية أجزاء، لأنَّ للغائب ربعَه، وهو ثلاثةُ أسهمٍ، ولصاحِبِه مثله، وللمشتري سهمان، وإن استشفع القادم الصفقتين الأولتين[4] كانت الشفعة في الصفقة الآخرة بين الشريكين على ثمانية أجزاء[5]؛ للقادم خمسة ولصاحبه ثلاثة، فإن قدم الآخر فاستشفع الصفقة الآخرة وحدها كان بينهما على أحد عشر جزءاً، فإن دخل مع صاحبه في الصفقتين الأولتين صار في يد كل واحد أربعة أسهم، وللذي كان مقيماً ثلاثة، وإن سلم الغائبان للمشتري الصفقتين الأولين كانت الشفعة بينهم على حالها على أحد عشر جزءاً للغائبين ثلاثة أسهم وللشريك المقيم ثلاثة، وللمشتري سهمان.

---

(١) قوله: (الأولى فالأولى) يقابله في (ف): (الأولى أو الأولى)، وفي (ق٧): (الأول).
(٢) قوله: (بالوسطى في الآخرة) يقابله في (ف): (في الآخرة بالوسطى).
(٣) قوله: (وحدها) ساقط من (ق٢).
(٤) قوله (الأولتين) يقابله في ف(الأوليين).
(٥) في (ق٧): (أسهم).

باب



في اختلاف المشتري والشفيع والورثة والغرماء



ومن اشترى شقصاً مربحاً، واختلف غرماء المشتري والشفيع في الأخذ والترك كان القول قول الشفيع في الأخذ، وإن كره ذلك غرماء المشتري، وإن اختلف الشفيع وغرماؤه في الأخذ أو الترك كان القول قول من ادعى منهما إلى الترك، فإن ادعى الغرماء إلى الأخذ لفضل فيه، وكره ذلك الشفيع كان القول قوله؛ لأنه ليس لهم أن يجبروه على الشراء ولا على التجارة وإن دعا الشفيع[1] إلى الأخذ، وكره الغرماء[2] كان القول قولهم؛ لأن من حقهم أن يقبضوا ذلك الناض بالحضرة، وتأخيرهم به إلى[3] أن ينقد في ثمن[4] الشقص -ظلم عليهم، ولأنهم يخافون الاستحقاق فيرجع عليهم[5] وهذا هو القياس، والاستحسان إذا كان فيه الفضل والبيع لا يتراخى، وإنما هو إلى اليوم واليومين، لأنَّ ذلك لا كبير ضرر عليهم، ولأنَّ الاستحقاق من باب النادر، والنادر لا حكم له، فإن اجتمع أمرهم على الأخذ، فإن مات الشفيع، ولم يخلف ورثة والمال لا يوفى وفي الأخذ فضل وأرادوا الأخذ كان ذلك لهم، وإن كان له ورثة فاجتمع أمرهم على أخذ أو ترك كان الأمر على ما اجتمعوا عليه، وإن اختلفوا كان القول قول من دعا إلى الأخذ من غريم أو وارث، إلا أن ذلك للغرماء إذا كان في الأخذ فضل، وللورثة إذا كانوا يأخذون ذلك من أموالهم لا من مال الميت لأن من حق الغرماء أن يتعجلوا قبض ذلك العين، ولا يولج في شراء، وقال محمد: ليس

---

(١) قوله: (كان القول قوله لأنه ليس... وإن دعى الشفيع) زيادة من (ف).

(٢) قوله: (إلى الأخذ وكره الغرماء) ساقط من (ق٧).

(٣) في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (إلا).

(٤) قوله: (في ثمن) يقابله في (ق٢): (من).

(٥) قوله (ولأنهم يخافون ...... علييهم) ساقط من ف

للغرماء الأخذ إلا أن يشاء الورثة، فإن أخذوها بمال الميت كان للغرماء الفضل، وإن بقي شيء عن دينهم كان ميراثاً، وإن أخذوها بمالهم بيعت/ حينئذ برأس المال، وقضي بالفضل دينه[1]، فلم يرَ للغرماء شفعة إذا كره الورثة لموضع العهدة متى طرأ استحقاق ومراعاة الاستحقاق من النادر.

(ف) ٣٥/أ

واختلف في مراعاة النادر إلا أن[2] يسقط الغرماء العهدة عن الميت ويثبتوا للمشتري أن العهدة عليهم دون الورثة، وليس الربح للغرماء، وإن أدوا فيه أموالهم لما كان الأخذ بحق كان للميت، والقياس أن يكون الربح لهم، لأنَّ من أموالهم سببه، ولأنهم[3] لو لم يدفعوا في ذلك أموالهم لم يفد الغرماء كون الشفعة للميت بشيء، وإذا قال الورثة: لا ندفع في ذلك أموالنا إلا ليكون الفضل لنا مكنوا من ذلك[4] وكل هذا فعلى القول إنه يجوز أن يستشفع للبيع، وقد اختلف في ذلك، فقال ابن عبدوس: قال سحنون وقال مالك: يبدأ بالورثة فيقال لهم: إن قضيتم الدين فلكم الشفعة؛ لأنَّ الميراثَ بعد الدين، فإن أبوا بيع نصيب الميت للدين ولا شفعة؛ لأنَّ الشقص الذي يستشفع به قد بيع[5].

قال الشيخ ﷺ: فإن كان الدين مائة وخلف سوى الشقص مائة وقيمة الشقص خمسون كان للغرماء أن يأخذوا المائة ويبقى الشقص ميراثاً فيستشفعوا من أموالهم، وإن كان خلف خمسين لم يستشفعوا لأنَّ الشقص يباع للغرماء إلا أن يقضوا الخمسين الأخرى من أموالهم، ويبقى لهم الشقص فيستشفعوا به.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠٤.

(٢) قوله: (إلا أن) يقابله في (ق٢): (ولا).

(٣) في (ق٢): (فكأنهم).

(٤) قوله: (من ذلك) ساقط من (ق٢).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠٤.

باب



في الشفعة في العين والبئر إذا بيع مع الحائط أو بانفراده



وإذا باع أحد الشريكين قبل المقاسمة نصيبه من الحائط والماء صفقة واحدة كانت الشفعة فيهما فيستشفع الماء مع الحائط، لأنه من مصلحته وليس له أن يبعض الصفقة فيما تكون له الشفعة في جميعه[١]، فإن باعهما صفقتين افترق الجواب، فإن تقدم بيع الماء كان له أن يستشفعهما أو أحدهما، وإن تقدم بيع الحائط ثم باع الماء من غير مشتري الحائط كانت الشفعة في الحائط دون الماء؛ لأنه في الحائط على أحد أمرين: إما أن يستشفعه فترفع[٢] الشركة منه وتبقى الشركة في الماء وحده وإذا انفردت الشركة في الماء لم تكن فيه شفعة إذ لا[٣] يستشفع الحائط فيكون شريكه في الحائط غير شريكه في الماء، وإنما يستشفع إذا بيعا معا، لأنه شرب لذلك الحائط.

واختلف إذا باع الماء من مشتري الحائط واستلحقه به قبل أن يأخذ الأصل أو يترك، فقيل: يصير بمنزلة لو بيعا معاً فليس للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر، وهو محمل قول محمد في رقيق الحائط إذا ألحق به بعد البيع، والعين والبئر مثله[٤]، ويجري فيها قول آخر إن له أن يأخذ أحدها دون الآخر وهو قول محمد في[٥] الأول دون

---

(١) انظر: النوارد والزيادت: ١١/ ١١٩ و١٢٠.

(٢) في (ق٧): (فترتفع).

(٣) قوله: (إذ لا) يقابله في (ق٧): (ولا).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢١.

(٥) زاد في (ف): (ومن).

الثاني[١]؛ لأنهما عقدان قياساً على قولهم إذا اشترى الأصول، ثم الثمار والعبد ثم ماله والأرض ثم النخل، والقياس أن له أن يستشفعهما لأنَّ المشتري قصد أن يلحق ذلك بالعقد أو يستشفع[٢] الأصل وحده، لأنه يقول قد كان ذلك من حقي قبل أن تشتري الماء، فليس شراؤك الماء مما يسقط حقي في انفراد العقد الأول أن يستشفع الماء مع الحائط لأنهما متهمان أن يَعْدُواْ العقد، ثم يقول له: لا شفعة له في الماء وإني في ذلك بمنزلة ما لو اشتراه غيري، وإن أنت استشفعت الحائط كانت الشفعة في الماء بانفراده، ويترك الشفعة إذا كان الحائط بغير ماء فيكون للشفيع/ أن يستشفع الجميع لهذا الوجه فكان تبعيض[٣] ذلك أو جمعه من حق الشفيع لا من حق المشتري، فإن تقدم بيع الماء ثم ابتاع منه الحائط كان بالخيار حسب ما تقدم بين أن يأخذهما جميعاً أو أحدهما فيأخذ الماء بانفراده؛ لأنه يقع[٤] في حين الشركة[٥] في الحائط وله أن يأخذ الحائط بانفراده ولا يقال ها هنا: إنه كالصفقة الواحدة فيأخذ[٦] الجميع أو يدع؛ لأنه يستلحق الماء بالحائط، ولا يستلحق الحائط بالماء، ومن المدونة قال ابن القاسم: كما لا يستلحق العبد بماله إن تقدم بيع المال، وإذا بيع الحائط بغير ماء ثم وقف الشفيع فترك ثم استُحِقَّ الماء -كان للشفيع أن يقوم فيأخذ الجميع بالشفعة؛ لأنه يقول: إنما تركت الأصل لما بيع بغير ماء، وعلى صفة يرغب عنه، ولأنهما متهمان أن يكونا عملا[٧] على ذلك أن

(ف) ٣٥/ب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٠.
(٢) في (ف): (استشفع).
(٣) في (ف): (بيعه).
(٤) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (بيع).
(٥) في (ق٧): (البركة).
(٦) في (ق٧): (فيكون).
(٧) في (ف) و(ق٢) و(ق٦): (أن يعملا).

يبيع[(١)] بغير ماء، فإذا ترك الشفعة[(٢)] باعه منه.

وإذا باع أحد الشريكين حصته من الحائط والماء، وكانت أجزاءهما في ذلك مختلفة، لأحدهم ربع الحائط وثلاثة أرباع الماء، وللآخر ثلاثة أرباع الحائط وربع الماء، فباع الأول حصته من الحائط والماء، كان للشريك الآخر الشفعة في ربع الحائط وتسع ما بيع من الماء، لأنه القدر الذي يستحقه ذلك الحائط من الشرب من ذلك الماء، لأنه إذا شرب ثلاثة أرباعه ربع الماء لم يكن على[(٣)] الآخر أن يسقي ذلك الحائط عن مائه إلا بقدر ذلك، وهو جزء من تسعة، فيكون ماء الذي له ثلاثة أرباع على ثلاثة أجزاء، ومن الآخر جزء فيكمل أربعة، وثمانية أجزاء يصرفها ويسقي بها حيث شاء من غير هذا الحائط، فإن باع من له ثلاثة أرباع الحائط استشفع الآخر الجميع؛ لأنَّ جميعه شرب للمبيع.

فصل

[في الشفعة إذا اقتسم الشريكان الحائط أو الماء]

وإذا اقتسم الشريكان الحائط، ثم باع أحدهما نصيبه من الحائط والماء لم يكن للآخر في الماء شفعة؛ لأنه من مصلحة المقتسم، وإن اقتسما الماء وحده دون الحائط، قال محمد: فأخذ هذا بئراً وأخذ هذا بئراً، فكان هذا يسقي من بئره يوماً، وهذا من بئره يوماً، ثم باع أحدهما حصته من الحائط مشاعاً وبئره -كانت الشفعة في الحائط دون الماء ويفض الثمن فما ناب الحائط استشفع به[(٤)].

---

(١) قوله: (بيع) ساقط من (ق٧).

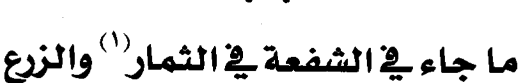
(٢) قوله: (الشفعة) زيادة من (ف).

(٣) قوله: (على) زيادة من (ف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٠.



باب



ما جاء في الشفعة في الثمار[١] والزرع

ومن المدونة قال مالك فيمن اشترى شقصاً من أرض فزرعها، ثم أتى الشفيع، قال: له أن يأخذ بالشفعة والزرع للزارع، قال ابن القاسم: ولا شيء عليه من الكراء، قال: وإن غرسها نخلاً أو شجراً، قيل: للشفيع إن شئت فخذها واغرم قيمة ما فيها من الغرس، فإن أبى لم تكن له شفعة[٢].

قال الشيخ ﷺ[٣]: مشتري الأرض على خمسة أوجه: إما أن يشتري الأرض بزرعها، أو الأرض دون الزرع، ثم يستلحق الزرع، ثم استحق رجل نصف الأرض ونصف الزرع، أو بغير زرع[٤]، وقد كان زرع الزارع بوجه جائز[٥] أو كان غاصباً أو زرعها المشتري، فإن استحق نصف الأرض ونصف الزرع، ورد[٦] البيع في نصيبه، أخذ الآخر[٧] بالشفعة.

---

(١) في (ق٦): (الأرض).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٤

(٣) قوله: (قال الشيخ ﷺ) يقابله في (ق٢): (قلت).

(٤) في (ق٢): (زرعها).

(٥) قوله: (بوجه جائز) يقابله في (ف): (بغير شبهة)، وفي (ق٦) و(ق٧): (بوجه شبهة).

(٦) قوله: (ورد) في(ف) و(ق٧): (ويرد).

(٧) في (ف) و(ق٦) و(ق٧): (أحب الأخذ).





باب
ما جاء في الشفعة في الثمار[١]

اختلف في الشفعة في الثمار على ثلاثة أقوال، فقيل: فيها الشفعة، وسواء بيعت/ مع الأصول أو بانفرادها كان الشفيع شريكاً في الأصل أو لا شركة له، وهو قول مالك، قال: وما هو من الأمر القديم، وما علمت أن أحداً قاله أن في الثمار الشفعة، قال: ولكني رأيته واستحسنته[٢].

(ف) ٣٦/أ

وقال عبد الملك بن الماجشون: لا شفعة فيها بحال، وسواء بيعت مع الأصل أو بانفرادها، وقال أشهب: إن بيعت مع الأصل كان فيها الشفعة، وإن بيعت بانفرادها لم تكن فيها شفعة[٣]، وقال مالك في المدونة في شركاء في ثمرة، كان الأصل لهم، أو كانت النخل في أيديهم مساقاة، أو كانت حبسا على قوم فأثمرت وحل بيعها فباع أحد ممن سميت فإن لشركائه في الثمرة الشفعة[٤].

قال الشيخ ﷺ[٥]: إن باع أحد الشريكين نصيبه من الحائط بثماره قبل الطيب أو بعده أو[٦] باع نصيبه من الثمار بانفرادها بعد زهوها[٧] من رجل كانت الشفعة في الجميع، إلا أنه إن بيعت مع الأصل لم يستشفع إلا الجميع أو يترك، وليس له أن يستشفع الأصل دون الثمرة أو الثمرة دون الأصل، فإن باع

---

(١) قوله: (باب ما جاء في الشفعة في الثمار) ساقط من (ق٢).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١١٤.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٣٧.

(٥) قوله: (قال الشيخ ﷺ) يقابله في (ق٢): (قلت).

(٦) في (ف): (كانت الشفعة في الجميع وإن).

(٧) في (ق٧): (الطيب).

أحد الشريكين نصيبه من الثمار بعد الطيب من رجلين فلم يأخذ الشريك بالشفعة، ثم باع بعد ذلك أحد المشتريين[١] في الثمرة نصيبه[٢] كانت الشفعة على قول ابن القاسم لشريكه في الثمرة، ولمن لم يكن باع[٣] وعلى قول أشهب: الشفعة لشريكه في الثمن[٤]؛ لأنه معه كأهل سهم، فإن سلم كانت الشفعة[٥] لمن له الأصل، وإن باع من له الأصل نصيبه من الثمرة كانت الشفعة للذين اشتريا الثمرة، وإن باع[٦] نصيبه من الأصل والثمرة كانت الشفعة في الثمرة وحدها، ولا مقال لمشتري ذلك الأصل إن قال: آخذ الجميع أو أدع ولا تبعّض عليَّ الصفقة؛ لأنه لا شركة لهما في الأصل، وكذلك إذا كان حائط بين رجلين فساقى أحدهما نصيبه من رجل أو رجلين كان لشريكه الشفعة، فإن لم يأخذ ثم باع أحد المساقين نصيبه بعد الطيب كانت الشفعة على قول ابن القاسم للجميع للمساقي[٧]، وللشريك في الأصل، وعلى قول أشهب الشفعة للمساقي الآخر وحده، فإن سلم كانت الشفعة للشريك في الأصل، وإن باع الشريك في الأصل كانت الشفعة المساقين، ولو كان جميع الحائط لرجل فساقاه لرجلين على

---

(١) قوله: (الشريكين) في(ف): (المشتريين).

(٢) قوله: (من رجل كانت الشفعة في الجميع... أحد المشتريين في الثمرة نصيبه) يقابله في (ق٢): (من رجل واحد استشفعها الشريك واختلف إذا باع نصيبه من رجلين فقيل له أن يستشفع منهما فإن ترك شريكه ولم يأخذ بالشفعة ثم باع أحد الشريكين نصيبه أو باع نصيبه من الثمار بانفرادها ثم باع بعد ذلك أحد الشريكين نصيبه).

(٣) قوله: (ولمن لم يكن باع) زيادة من (ف).

(٤) في (ق٧) و(ق٢): (الثمرة).

(٥) قوله: (كانت الشفعة) زيادة من (ف).

(٦) بعدها في (ف): (له)

(٧) في (ق٧) و(ق٢): (للمساقاة)



النصف[1] ثم باع أحد المساقين بعد الطيب كان لشريكه الشفعة، فإن سلم كانت الشفعة لصاحب الأصل، فإن باع صاحب الأصل كانت الشفعة للمساقين، وقال محمد في الحائط يكون بين الرجلين يساقي أحدهما نصيبه من رجل: لم يكن لشريكه شفعة بمساقاته، قاله أشهب، قال: وأظن أن ابن القاسم يقول: إن ذلك له، وجدتها في كتبي ولم أدر ممن سمعتها، وذكر عن مالك أنه قال فيمن ساقى حائطه لرجل على أن للداخل الربع، فلما طابت الثمرة باع صاحب الحائط حصته من الثمرة إن للمساقي الشفعة، وقال: وكل من له شرك في ثمرة فله الشفعة، مساق كان أو غيره[2]، وهذا هو الصحيح.

---

(١) قوله: (على النصف) ساقط من (ف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٤٦.

باب



في إسقاط الشفعة قبل وجوبها وسقوطها قبل الوجوب وكيف إن علق إسقاطها بشرط

(ف ٣٦/ب)

/ وقال مالك في المجموعة: إذا رضي الشريكان أن من باع فلا شفعة للآخر لم يلزمه ذلك وهو على شفعته[١]، وقال في المدونة: إذا قال للمشتري اشتر فقد سلمت لك شفعتي وأشهد له بذلك ثم اشترى المشتري كانت له الشفعة[٢]، قال أشهب: وهو كمن أذن له ورثته في صحته أن يوصي بأكثر من الثلث فلا يلزمهم ذلك، قال: ولو اشترى على خيار فسلم له الشفعة قبل أن يستوجب ذلك كانت له الشفعة[٣].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: أما تسليم أحد الشريكين فلا تسقط به شفعته؛ لأنَّ الحق للمشتري وهو لم ينل ذلك ولا ترك له، وأما التسليم للمشتري فيجري على القولين قياساً على التي جعل لها الخيار إن تزوج عليها فأسقطت ذلك قبل أن يتزوج عليها وليس بمنزلة ترك الورثة؛ لأنَّ ترك الشفيع هو[٤] السبب لدخول المشتري ولولا ثقته بقوله لم يدخل في ذلك وقد بيع في ذلك عروضه أو ما يقر عليه خروجه عن ملكه.

وقد قال في التي تقول لزوجها طلقني ولك كذا وكذا فيرضى بذلك فلما

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٠.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٩٠.

(٤) قوله: (هو) زيادة من (ق٦).

أحضرت المال وطالبته بإيقاع الطلاق امتنع، قال: ذلك لازم[١] له أن يأخذ ذلك ويطلقها[٢][٣].




باب
في الشفعة فيما بيع على النقض والقلع

ومن المدونة قال ابن القاسم في من باع نقض داره ثم استحق رجل الأرض دون النقض كان للمستحق أن يأخذ من المشتري ذلك النقض بقيمته مطروحاً، وليس للمشتري أن يمتنع من ذلك، قال[٤]: وليس هذا لأنه شفيع، ولكن لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[٥].

قال الشيخ ﵁[٦]: جعل له أخذا لتغليب أحد الضررين لعظم ما ينتفع به من بقائه قائماً، وقلة ضرر ما يلحق المشتري؛ لأنه يشتري بالقيمة مثله، ومحمل قوله على أن المشتري لم يقم على البائع بعيب الاستحقاق؛ لأنه اشترى ما يرى أن له قبضه، فإذا كان هناك تعلق به لحق آخر وصار غير قادر على قبضه، وغير متمكن من الانتفاع، ومجبور على تسليمه -كان ذلك عيباً يوجب له الرد ويعود المقال بين البائع والمستحق، فإن كان البائع غاصباً أخذه منه بقيمته مقلوعاً، وإن كانت له في البناء شبهة أخذه منه بقيمته قائماً، قال سحنون[٧] هذا[٨] قول ليس

---

(١) قوله: (باب في إسقاط الشفعة قبل وجوبها... قال ذلك لازم) ساقط من (ق٢).

(٢) قوله: (له أن يأخذ ذلك ويطلقها) زيادة من (ق٦).

(٣) قوله: (قال الشيخ ﵀: أما تسليم أحد الشريكين... له أن يأخذ ذلك ويطلقها) ساقط من (ف).

(٤) قوله: (قال) ساقط من (ق٧) و(ف).

(٥) سبق تخريجه في كتاب الجهاد، ص: ١٣٧٠، وانظر: المدونة: ٤/ ٢٤٣.

(٦) قوله: (قال الشيخ ﵁) يقابله في (ق٢): (قلت).

(٧) في (ف) و(ق٢) و(ق٦): (ولسحنون).

(٨) قوله: (هذا) ساقط من (ف).

بالبين، وإن أثبت المستحق أن له نصف الأرض ونصف البناء ورد البيع في نصيبه لم يكن له مقال في النقض المبيع من نصيب شريكه أن يأخذه بالشفعة ولا بقيمته منقوضاً؛ لأنه بعد الاستشفاع غير قادر على بقائه في الأرض، لأن من حق بائع الأرض أو النقض أن يجبر مشتريه منه على قلعه، وإذا كان ذلك كان بمنزلة شريكين في نقض ملقى فلا شفعة فيه، وليس كالمسألة الأولى؛ لأن ذلك يقدر على نقضه[1] في الأرض وليس ذلك لهذا، وعلى هذا يجري الجواب في النخل إذا بيعت على القلع، فإن استحق جميع الأرض كان للمستحق أن يأخذ النخل بقيمتها مطروحة، وإن استحق نصف جميع الحائط لم يكن له أن يأخذ الباقي من النخل؛ لأنه لا يستطيع بقاءه[2] في الأرض، وقد تقدم ذكر الاختلاف في ذلك في أول الكتاب، وإن باع أحد الشريكين في الحائط نصف النخل على القلع، فإن كان البائع لم يعلم المشتري أن معه شريكاً أو أعلمه وادعى أنه أجاز له مقاسمة النخل، أو كانا دخلاً على الافتيات على الشريك، وأنه يقسم دون الشريك كان البيع جائزاً؛ لأنهما دخلا على شيء معلوم، ولم يدخلا على غرر، فإذا لم يجز الشريك ذلك قسم الحائط في الأرض والنخل جميعاً، ثم ينظر إلى ما يصير إلى البائع، فإن صار له نصف النخل أخذه المشتري، وإن صار له أكثر من ذلك كان ذلك الزائد للبائع، وإن صار أقل من النصف حط عن المشتري بقدر ذلك النقص[3]، وإن كان البائع/ أعلم المشتري بالشرك[4] وباع ما يصير له بالمقاسمة إذا قسمت الأرض والنخل معاً -كان البيع فاسداً؛ لأنه يدري ما

(ف)
٣٧/أ

(١) في (ق٢): (يغره).
(٢) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (أن يقوما).
(٣) في (ف): (النقض).
(٤) قوله: (الشريك) ساقط من (ف).

يصير له، قليلاً أو كثيراً جيداً أو دنياً[١]، قال محمد: إلا أن تكون متساوية يشبه بعضها بعضا، وفي موضعها ومما يصح أن يقسم بالقيس[٢]، فيجوز البيع.

قال الشيخ ﷺ[٣]: اتفاق مثل هذا[٤] لا يوجد، وإن باع الشريك جميع الحائط صفقتين: النخل ثم الأرض، أو الأرض ثم النخل، أو كانا شريكين في دار فباعا[٥] جميعها صفقتين النقض ثم الأرض، أو الأرض ثم النقض، فرد الشريك البيع في نصيبه -كان له أن يستشفع بنصيب شريكه من الأرض بالثمن قولاً واحداً تقدم بيع الأرض أو تأخر.

واختلف في استشفاع النخل والنقض على ثلاثة أقوال؛ فأوجب ذلك له ابن القاسم تقدم بيعها[٦] أو تأخر، وأن يأخذه بالثمن[٧]، وأسقط ذلك أشهب في كتاب محمد تقدم بيعها أيضا أو تأخر[٨]،وقال محمد: إن تقدم البيع كانت له الشفعة، وإن تأخر فلا شفعة له، قال كالعين إن تقدم بيعها استشفعت، وإن تقدم بيع الأرض لم يستشفع[٩].

واختلف بعد القول بثبوت الشفعة بماذا يستشفع، فقال ابن القاسم مرة: بالثمن، وقال مرة: بالقيمة، فقال: ها هنا بالثمن[١٠]، ورأى أن القصد أن يلحق

---

(١) في (ف): (رديئاً).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٤.

(٣) قوله: (قال الشيخ ﷺ) يقابله في (ق٢): (قلت).

(٤) في (ق٢): (هذه الصفة).

(٥) في (ف): (فيباع).

(٦) في (ف): (النقض).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٢.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٤.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٤.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٢، ١٢٣.

العقد الثاني بالأول، فصار كالعقد الواحد، وقال بعد ذلك في الدار تباع، والنقض صفقتين يستشفع بالقيمة قائماً كأنه أحدثه وبدأه[١]، قال سحنون في هذه المسألة: قلت: فلم لا تجعلها كالعقد الواحد، وهذا هو الصحيح، وقد اختلف عن مالك في مثل هذا إذا اشترى الرقاب ثم الثمار والرأس[٢] ثم الخلفة هل يكونان كالعقد الواحد أو يكونان على عقدهما[٣] عقدين فيكون في الثمار الجائحة، ويمنع استلحاق الخلفة، وإلى هذا ذهب أشهب أنهما عقدان[٤]، وهذا هو الصحيح، لأنّ العقد انبرم ولم يكن مفتقراً[٥] إلى ما يلحق به وإن تقدم بيع النخل فإلى المشتري[٦].

---

(١) في (ق٦) و(ق٧) و(ق٢): (بناه).

(٢) في (ق٦) و(ق٢): (أو الرأس).

(٣) قوله: (يكونان على عقدهما) في (ف): (أو يكون على غيرهما).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٢٩، ١٣٠.

(٥) في (ف): (مفترقا).

(٦) قوله: (فإلى المشتري) يقابله في (ق٧): (مال المشتري).




باب
الشفعة في هبة الثواب

ومن وهب شقصاً للثواب كانت فيه الشفعة؛ لأنها بيع[1]، ولا شفعة إلا بعد الثواب فاتت الهبة أو لم تفت، ولا يجب قبل الثواب وقبل الفوت، لأنَّ الموهوب له بالخيار بين التمسك أو الرد.

واختلف في الشفعة بعد الفوت وقبل الثواب، فقال ابن القاسم وعبد الملك: لا شفعة له حتى يدفع الثواب أو يقضى به عليه ويعرف، وقال أشهب وابن عبد الحكم: إذا فات الشقص وجبت فيه الشفعة[2]، فالقيمة والشفعة إذا كان الثواب قبل فوت الهبة بمثله إن كان عيناً أو مما يكال أو يوزن قلَّ ذلك أو كثر، وإن كان عرضاً فبقيمته.

واختلف إذا كان الثواب بعد الفوت، فقال ابن القاسم وعبد الملك: يستشفع بالثواب إن كان عيناً وبقيمته إن كان عرضاً قلَّت القيمة أو كثرت[3] كالجواب الأول، إذا كانت الهبة قائمة.

وقال أشهب في كتاب محمد: يستشفع بالأقل من قيمته أو قيمة الهبة[4]، لأنَّ الثواب عنده من العين، ولا يجبر الواهب عنده على قبول العرض، فإن كانت قيمة الشقص أقل لم يكن عليه غيرها، وكان دفعه العرض بيعة ثانية، وإن كانت قيمة العرض أقل/ لم يكن عليه غيره، وكان بمنزلة من دفع عرضاً عن

(ف) ٣٧/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥.

دين فيه هضيمة من الدين، فإنه لا يبيع مرابحة بذلك الدين، والقياس أن يستشفع بالأكثر من قيمة الهبة أو قيمة الثواب، فإن كانت قيمة الثواب أكثر قال هذا الذي كان يرجو مني، ولمثل هذا وهب، ولولا ذلك لم يهبه ولباعه في السوق، وإن كانت قيمته أقل، قال: إنما[١] أخذ ذلك بدينه علي وهي القيمة ولولا ذلك لاستوفيت[٢] منه القيمة عيناً، إلا أن يعلم أن الموهوب له ملك، وأنه أخذ ذلك على وجه التخلص منه، أو يرى أن قيمته أقل بالشيء الكثير مثل أن تكون قيمة الهبة مائة وقيمة الثواب عشرين، واختلف هل يستشفعه بعشرين أو يسقط[٣] حكم[٤] الشفعة ويغلب حكم الهبة بغير عوض، فالذي يوصي بشقص أن يباع من فلان بعشرين وقيمته مائة وعكسه إن وهب عبداً فثاب[٥] شقصاً، فإن كان الثواب قبل فوت العبد استشفع بقيمة الشقص قلت أو كثرت، ويختلف إذا كان الثواب بعد الفوت، فقال[٦] ابن القاسم: يستشفع الشقص بقيمته، وعلى قول أشهب يستشعفه بالأقل من قيمة العبد أو قيمة الشقص[٧]، والقياس أن يستشفعه بالأكثر من قيمة الشقص أو قيمة العبد.

---

(١) قوله (وإن كانت قيمته أقل قال إنما) يقابله في (ق٧): (و).

(٢) قوله: (ذلك بدينه علي وهي القيمة ولولا ذلك لاستوفيت) ساقط من (ق٧).

(٣) في (ف) و(ق٢) و(ق٦): (تسقط).

(٤) قوله: (حكم) ساقط من (ق٢).

(٥) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (فيثبت).

(٦) في (ق٢): (فقول).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥، ١٧٦.



باب
الشفعة في بيع الخيار



ولا شفعة فيما بيع على خيار حتى يقبله مشتريه، وعلى ما ذهب إليه بعض الناس أن الشفعة تجب قبل البيع[(١)] إذا كان الخيار للمشتري، لأنَّ البيع انعقد من ناحية البائع بخلاف أن يكون الخيار للبائع، وإذا كانت دار الرجل فباع نصفها من رجل بالخيار ثم باع النصف الآخر من آخر بتلا ثم قبل المشتري بالخيار كانت الشفعة عند ابن القاسم لمشتري الخيار على مشتري البت[(٢)]، ورأى أنه إذا قبل لم يزل[(٣)] منعقداً من يوم اشتراه وقيل: الشفعة لمشتري البت على مشتري الخيار[(٤)]، وهو أحسن؛ لأنه كَلَا عقدٍ حتى يمضي، وضمانه من بائعه وغلاته له حتى يمضي، وإن كانت الدار بين رجلين فباع أحدهما نصيبه على خيار ثم باع الآخر نصيبه بتلا كانت الشفعة عند ابن القاسم لمشتري الخيار على مشتري البت، وعلى القول الآخر الشفعة لمشتري البت على مشتري الخيار، وهذا الجواب فيما بين المشتريين[(٥)].

---

(١) قوله: (قبل البيع) ساقط من (ق٢)، وزاد بعدها في (ف): (تجب في هذه الشفعة).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٧، ونصه (قلت: أرأيت إن اشتريت شقصا من دار على أني بالخيار ثلاثا، فبيع الشقص الآخر بيعا بتله بائعه بغير خيار، لمن الشفعة؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئا إلا أني أرى الشفعة للمشتري الأول الذي كان له الخيار إن قبل البيع، وكان أولى بالشفعة فيما اشترى صاحبه. وإن رد أيضا الذي كان له الخيار البيع، كان بائعه أولى بالشفعة فيما باع صاحبه).

(٣) قوله: (لم يزل) يقابله في (ق٢): (كأنه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٩، وهو قول أشهب ومحمد وأصبغ وعبد الملك.

(٥) في (ف): (المشترين).

واختلف في البائعين، فقيل: لا شفعة لهما، لأنَّ كل واحد منهما باع النصيب الذي يستشفع به، وقيل: الشفعة قائمة، فتكون الشفعة لمن باع على البت على مشتري الخيار، لأنَّ بيعه ناجز، وهذا على القول أن الخيار إذا مضى ينعقد من يوم بيع، وعلى القول الآخر الشفعة لمن باع بالخيار على من باع بالبت، لأنه إنما يراعى عليه يوم يتم والقياس ألا شفعة لمن باع ما يستشفع به.

باب

الشفعة في البيع الفاسد


(ف) ٣٨/أ

ومن المدونة قال ابن القاسم فيمن اشترى شقصاً شراء[١] فاسداً[٢] لا شفعة/ فيه؛ لأنه يفسخ إلا أن يفوت بهدم أو بناء فيكون على المشتري بقيمته يوم قبضه، ويكون للشفيع الشفعة بما لزم المشتري، وبقيمة ما أنفق إذا كان قريباً[٣].

قال الشيخ رحمه الله:[٤] ومن اشترى شقصاً شراء فاسداً ثم قام شفيع فإنه[٥] لا يخلو الشقص أن يكون قائماً في يد مشتريه أو تغير بحوالة سوق أو بهدم أو بناء أو خرج عن يد مشتريه بعد أن فات بتغير سوق أو تغير في حاله[٦] أو كان قائماً لم يتغير بشيء، وقام الشفيع وهو قائم بيد المشتري أو فات أو خرج إلى يد الشفيع بشراء أو بشفعة قبل الفوت أو بعده فإن كان قائماً بيد مشتريه والشراء فاسد نقض البيع فيه ولم يستشفع، وإن فات بهدم أو بناء كانت فيه الشفعة ويؤمر ألا يستشفع إلا بعد المعرفة بقيمة الشقص وبقيمة البناء.

واختلف إذا فات بحوالة أسواق، فقال مالك وابن القاسم: ليس ذلك فوتاً[٧]، وقال أشهب: ذلك فوت[٨]، ويستشفع، وإن استشفع الشفيع ذلك قبل

---

(١) في (ف): (بيعا).

(٢) زاد بعده في (ف): (على خيار).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٩.

(٤) قوله: (قال الشيخ رحمه الله) يقابله في (ق٧): (قلت).

(٥) قوله: (ومن اشترى شقصا شراء فاسدا ثم قام شفيع فإنه) ساقط من (ق٢).

(٦) في (ق٧) و(ق٢): (نفسه).

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٩.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥.

الفوت على مثل البيع الأول رد أخذه، وهو بمنزلة من اشترى شراء فاسداً وباعه بيعاً فاسداً فإنه ينقض البيعتان، وإن فات عند الشفيع لزم المشتري قيمته يوم اشتراه، قال محمد: ويلزم الشفيع ما لزم المشتري إلا أن يكون أكثر مما أخذ له المشتري فيكون الشفيع مخيراً إن شاء رد الشفعة، وإن شاء تمسك بها بتلك القيمة[1]، يريد: يسقط الأخذ بالشفعة ويكون عليه قيمته يوم قبضه، وليس له أن يقبضه صحيحاً، ويرده مهدوماً إن كان فات بهدمه، وإن فات ببناء لم يكن عليه ولا له أن يرده مبنياً، وهذا هو الأصل إذا كان العيب في الثمن كالمرابحة، وقيل: له أن يأخذه بقيمة ما اشتراه الأول؛ لأنه قد مرت حالة فات[2] فيها فلا يرد البيع الأول، وإن رد الثاني إلا أن يغرم المشتري الأول لمن باع منه القيمة قبل قيام الشفيع فيكون له أن يأخذ بالأقل من القيمة أو الثمن، وإذا أخذه الشفيع بثمن صحيح، وهو عالم أن البيع الأول كان فاسداً كان ذلك فوتاً ولا شفعة له، لأنه رضي أن يشتري شراء صحيحاً ولا يأخذ بالشفعة، وإن استشفعه بثمن صحيح، ولم يعلم أن الأول كان فاسداً كان الشفيع بالخيار بين أن يتمسك به بذلك الثمن ويكون[3] بيعاً حادثاً أو يرده، وإن لم يعلم بذلك حتى فات عنده بهدم أو بناء كان عليه بالأقل من القيمة، لأنها ثمنه أو الثمن الذي نقده به؛ لأنَّ المشتري رضي بالبيع، وإن باعه المشتري من غير الشفيع كان فوتاً في البيع الفاسد، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة بالبيع الصحيح، وعليه يكتب عهدته، وليس له أن يأخذه بالقيمة عن البيع الفاسد، لأنَّ ذلك رد للبيع[4] الصحيح[5] والبيع الفاسد قائم فلا يستشفع.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٦، ١٧٧.

(٢) في (ف): (وفات).

(٣) في (ف): (أو يكون).

(٤) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (رد البيع).

(٥) قوله: (وعليه يكتب عهدته... لأن ذلك رد البيع الصحيح) ساقط من (ق٧).

باب



في شفعة العبد والمكاتب والمعتق بعضه والعبد بين الشريكين والمرأة ذات الزوج



الشفعة للعبد هي كالحر[١]، وإن كان غير مأذون له كان المقال فيها في الأخذ والترك لسيده، وإن كان مأذوناً له كان المقال فيها له ولسيده، فإن أخذ العبد أو ترك قبل نظر سيده في ذلك جاز، ولا مقال لسيده، وإن سبق السيد[٢] فأخذ أو ترك مضى فعله، ولم يكن/ للعبد في ذلك مقال ما لم يكن عليه دين فينظر فيها فعل[٣] السيد، فإن كان أخْذه فيه مضرة على الغرماء كان لكل واحد من العبد أو الغرماء رد مأخذه، وليس كذلك إذا ترك، فإنه لا مقال للغرماء كما لم يكن ذلك لهم مع الحر، وذلك للعبد أن يأخذ لتبرأ ذمته إلا أن يحجر عليه سيده التجر جملة، وإن ترك لم يكن ذلك، كما لم يكن ذلك لهم في الحر وهذا العبد.

(ف)
٣٨/ب

والمدبر كالعبد إذا وجبت له[٤] الشفعة في صحة السيد، فإن وجبت في مرضه فاتفق السيد والعبد على أخذ أو ترك كان الأمر على ما اتفقا عليه، وإن اختلفا كان الأمر إلى[٥] ما قاله السيد من أخذ أو ترك إن صح، وإن مات كان الأمر على ما قاله العبد من أخذ أو ترك، وإن قام المشتري، ولم يرضَ بالصبر إلى صحة السيد[٦] أو موته كان ذلك له، ويوقف الحاكم السيد والمدبر جميعاً

---

(١) في (ق٢) و(ق٦) و(ق٧): (كهي للحر).

(٢) في (ف): (العبد). والمثبت من ق٦.

(٣) في (ق٧) و(ق٢): (فيما فعله).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ق٢).

(٥) في (ق٧) و(ق٢): (على).

(٦) في (ف): (المشتري).

إلى[١] أن يتفقا على أخذ أو ترك، وإن لم يتفقا أسقط الشفعة إلا أن يرى أن أمره لا يطول فيوقف اليومين والثلاثة، والجواب في[٢] أم الولد مثل ما مضى في المدبر.

وأما المعتق إلى أجل فإن كان في حين وجبت له الشفعة غير مأذون له و[٣]لم يقرب الأجل كان الأمر[٤] إلى سيده، وإن قرب وصار إلى موضع لا ينتزع ماله لم يكن لسيده الأخذ ولا الترك والأمر للعبد[٥].

وأما المكاتب فالأمر إليه في الأخذ أو الترك دون سيده، وإن لم يأخذ ولم يترك حتى عجز قبل تمام السنة كان الأمر إلى سيده فيما بقي من السنة، وكذلك الشفعة تورث فإن مضى البيع دون السنة ثم مات الشفيع كان لورثته[٦] تمام السنة[٧].

وأما المعتق بعضه فإن كان مأذوناً له كان له أن يأخذ أو يترك، وإن كان غير مأذون له لم يكن له[٨] الأخذ إلا باجتماع منهما[٩]، وإن اختلفا كان

(١) قوله: (جميعا إلى) يقابله في (ق٢): (على)، وفي (ف): (إلا).

(٢) في (ق٧) و(ق٢): (عن)..

(٣) قوله: (غير مأذون له و) زيادة من (ق٧) و(ق٢)..

(٤) قوله: (كان الأمر) يقابله في (ق٢): (فالأمر).

(٥) قوله: (لسيده الأخذ ولا الترك والأخذ والترك للعبد) يقابله في (ق٢): (للسيد الأخذ والترك والأمر إلى العبد)، وفي (ف): (لسيده الأخذ والترك والأمر إلى العبد).

(٦) قوله: (كان لورثته) زيادة من (ق٦).

(٧) قوله: (فيما بقي من السنة... تمام السنة) زيادة من (ق٧) و(ق٢).

(٨) قوله: (له) ساقط من (ق٢).

(٩) قوله: (منهما) ساقط من (ق٢).

مردوداً، ولو كان عبد بين شريكين وجبت له شفعة، فاختلف الشريكان فأخذ أحدهما وترك الآخر[١].

فصل[٢]

[في شفعة المرأة ذات الزوج]

وإذا وجبت الشفعة لامرأة ذات زوج كان الأمر إليها دون زوجها في الأخذ أو[٣] الترك، فإن تركت، وفي ذلك فضل لم يكن للزوج مقال في ذلك[٤] لأنه لا يجبرها على التجارة، ولا على البيع ولا على[٥] الشراء، وإن أخذت وفي ذلك محاباة، والثلث يحملها؛ جاز ذلك[٦].

واختلف إن كانت أكثر من الثلث، وقال مالك في المدونة: لا يجوز من ذلك قليل ولا كثير[٧]، وقوله هذا محتمل هل أراد جميع المحاباة أو جميع المبيع[٨]، والصواب في حق المشتري أن يؤخذ منه بجميع الثمن أو[٩] يرضى أو يرد جميعه،

---

(١) قوله: (فاختلف الشريكان فأخذ أحدهما وترك الآخر) يقابله في (ف): (واختلف السيدان فأخذ أحدهما وترك الآخر).

(٢) قوله: (فصل) ساقط من (ق٢) ومن (ف).

(٣) في (ق٧): (و).

(٤) قوله: (في ذلك) ساقط من (ق٢).

(٥) قوله: (لا على) ساقط من (ق٢).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥٣ و٢٥٤.

(٧) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥٤.

(٨) في (ق٧): (المبيع).

(٩) في (ف): (ولا).

ولا يؤخذ منه الشقص بدون الثمن للذي اشترى به، ويختلف إذا رضي المشتري بأن يسقط مقال الزوج في المحاباة على ثلاثة أقوال، فقيل[1]: إذا أسقط من تلك المحاباة الزائد على ثلثها؛ جاز، وعلى أصل مالك، وابن القاسم إذا أسقط المحاباة كلها مضى، ولا يكون للمرأة ولا لزوجها مقال في رد البيع.

(١) في (٧): (فيقول)، وفي (ف): (فقول).

باب



في الأب والوصي والمفاوض والمقارض[(١)] يبيع أو يشتري نصيباً له فيه شرك



وإذا كانت دار بين رجل وولده، فباع الأب نصيب نفسه؛ كان له أن يستشفع نصيبه لولده، وإن باع نصيب ولده، كان له أن يستشفعه لنفسه[(٢)]، وكذلك الوصي يكون شريكاً لمن يلي عليه، فإن باع نصيب نفسه كان له أن يستشفعه بحق لمن يلي عليه، وإن باع نصيب من يلي عليه جاز[(٣)] له أن يستشفعه لنفسه إلا أن ذلك بعد أن يرفعه إلى السلطان لما يتعلق/ بذلك من التهمة في أن يبيع نصيب الصغير ببخس ليستشفعه أو يواطئ[(٤)] على بيع نصيبه بغلاء ليأخذه له، فإن فعل وأخذ[(٥)] من غير مطالعة سلطان رفع إليه، فإن رأى سداداً أمضاه، وإن وجد تهمة رد، والأب والوصي في ذلك سواء، وإن كانا متفاوضين في الرباع فباع أحدهما نصيباً من دار[(٦)] لم يكن للآخر في ذلك شفعة؛ لأن المبيع شركة بينهما، والباقي بينهما، ومن المدونة قال ابن القاسم فيمن أخذ مالاً قراضاً فاشترى به شقصاً[(٧)] من دار هي شركة بين البائع، وبين صاحب المال إن لصاحب المال في ذلك الشفعة، وإن كانت شركة بين البائع والعامل بالقراض

(ف) ٣٩/أ

---

(١) قوله: (والمقارض) ساقط من (ق٧).

(٢) قوله: (يستشفعه لنفسه) في (ف): (يستشفع نصيبه).

(٣) في (ق٢): (كان).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ق٢).

(٥) قوله: (وأخذ) ساقط من (ق٢).

(٦) في (ف): (ذلك).

(٧) في (ق٧): (نصيبا).

كانت للعامل الشفعة[١]، وقيل: لا شفعة للعامل، وهو أبين إذا قال العامل اشتريت للقراض، وهو عالم بوجوب الشفعة للشريك، لأنَّ ذلك إقرار منه أنه قد[٢] قصد طلب الربح والتنمية والشفعة بمثل رأس المال فهي خلاف ما اعترف به، وإن كان ممن يجهل الحكم بالشفعة فأعلم بذلك بعد الشراء حلف وكانت الشفعة له، وإن قال: قصدت بالشراء لنفسي، وتعديت على المال كان لصاحب المال أن يباع له، ويأخذه من ربحه، وهذا هو الحكم في كل من أخذ مالاً ليتجر به لصاحبه فتعدى وتجر به لنفسه أن الربح لصاحب المال إلا أن يكون متى بيع لم يكن فيه ربح أو كان فيه خسارة فيترك ولا يباع.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٥٢.

(٢) قوله: (قد) ساقط من (ق٧).

باب



فيمن غصب عبداً أو دراهم فاشترى بها شقصاً



ومن المدونة قال ابن القاسم فيمن غصب عبداً فاشترى به شقصاً فلا شفعة في الشقص إن[1] كان العبد قائماً، فإن فات حتى تجب فيه القيمة ففيه الشفعة بقيمة العبد يوم اشترى به الشقص، وإن غصب دراهم فاشترى بها شقصاً؛ كانت فيه[2] الشفعة للشفيع[3]؛ لأنها إذا استحقت غرم مثلها، ولم ينقض البيع[4].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: أما العبد فإنه لا يخلو أن يكون في[5] حين قيام الشفيع[6] قائماً أو فائتاً بحوالة أسواق أو تغير في نفسه أو خرج عن يد مشتريه بموت أو بيع أو هبة، فإن كان قائماً أو تغير سوقه أو تغير في نفسه[7] بزيادة أو نقص لم يكن في الشقص شفعة، والشفعة حينئذ تمتنع[8] لحق المشتري والبائع[9]، فالمشتري[10] يقول: ليس له أن يستشفع لأن صاحب العبد على أحد أمرين: إما

---

(١) في (ف): (وإن).

(٢) في (ق٢): (للشفيع).

(٣) قوله: (للشفيع) زيادة من (ف).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٣.

(٥) قوله: (في) ساقط من (ق٧).

(٦) في (ق٧): (الشفعة).

(٧) قوله: (أو خرج عن يد مشتريه... سوقه أو تغير في نفسه) ساقط من (ق٧).

(٨) في (ق٧): (تمنع).

(٩) زاد في (ق٢) و(ق٦): (للعبد).

(١٠) في (ف): (فالبائع).

ألا يجيز فيأخذ الشفعة[١] أو يجيز فعليه يُثْبتُ[٢] للعهدة، وأما البائع فيقول: أنا أمنعه من أن[٣] يستشفعه؛ لأنه إن أخذ مني العبد رجعت في الشقص، وكل هذا متمكن مع وجود عين العبد فإن غرم أو[٤] حدث به عيب أو حال سوقه، وإن فات[٥] بموته كانت في الشقص[٦] شفعة بقيمة العبد؛ لأنَّ المغصوب منه لا يختار إلا إجازة البيع[٧]، ولا يختار أن تكون مصيبة العبد منه، وينقض البيع فيه، وإنما هو على أحد أمرين: إما أن يضمنه قيمته يوم الغصب فيتم البيع في الشقص، وتكتب العهدة على الغاصب، وإن أجاز البيع كتبت العهدة على[٨] المغصوب منه فتوقف القيمة الآن، لأنها ثمن العبد، فإن أجاز السيد البيع أخذها، وإن ضمن كانت القيمة للغاصب وعليه القيمة يوم الغصب، والشفيع يأخذ بقيمته يوم اشتراه[٩]/ وعليه[١٠] لصاحبه أكثر القيمتين، وإن قتل[١١] العبد

(ف) ٣٩/ب

---

(١) في (ق٢): (العبد)، وقوله: (ألا يجيز فيأخذ الشفعة) يقابله في (ف): (لا يجيز).

(٢) في (ق٢): (يكتب).

(٣) قوله: (من أن) يقابله في (ف): (من أخذه).

(٤) قوله: (غرم أو) زيادة من ق(٧) ولعل صوابه (غصب) إن شاء الله تعلى.

(٥) في (ق٧): (حال).

(٦) قوله: (في الشقص) ساقط من (ق٢).

(٧) قوله: (إجازة البيع) يقابله في (ق٧): (الإجازة والبيع).

(٨) قوله: (الغاصب وإن أجاز البيع كتبت العهدة على) ساقط من (ق٧).

(٩) في (ف): (اشترى به).

(١٠) قوله: (عليه) ساقط من (ق٢).

(١١) قوله: (قتل) في ق١١): (قبل).

فكانت قيمته يوم قتل[1] أكثر من قيمته يوم غصب ويوم بيع عاد الجواب إلى ما تقدم إذا كان قائماً؛ لأنَّ الغالب أن[2] يختار الأكثر، وهي القيمة يوم القتل، وذلك نقض للبيع.

---

(١) قوله: (قتل) في في (ق٢): (قبل).

(٢) قوله: (أن) ساقط من (ق٢).




باب

إذا قال المشتري بنيت أو أصلحت

ومن المدونة: وإذا قام الشفيع على المشتري فقال المشتري: بنيت هذا البيت، وكذبه الشفيع لم يصدق المشتري إلا أن تشهد له بينة بذلك(١).

قال الشيخ رحمه الله: أرى أن ينظر في ذلك البيت، فإن كان قديماً؛ لم يصدق، وإن كان جديداً؛ صدق إذا قال للشفيع: إنه قديم، وإن قال: بنيته معك(٢) صدق الشفيع؛ لأنهما شريكان، وأيديهما جميعاً على الدار فلا يصدق أحدهما أنه بناه دون الآخر، وإن أشكل الأمر هل هو قديم أو جديد(٣)، وقال الشفيع: إنه قديم قبل شرائك صدق مع يمينه؛ لأنه يدعي استصحاب الحال إلا أن يقول: إنه كان بنى(٤) لوقت متقدم لا يشبه أن يكون بناه إلا بعده فلا يصدق.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٦٣.

(٢) قوله: (وإن قال بنيته معك) ساقط من (ق٧).

(٣) في (ق٧): (حديث).

(٤) في (ف): (بناء).



باب
فيمن وهب شقصاً أو تصدق به لغير الثواب



اختلف قول مالك هل في ذلك شفعة أم لا[(١)]؟ وأن لا شفعة أصوب، ولا يستحق على رجل ملكه إلا في موضع جاءت فيه السنة وهو البيع، قال النبي ﷺ: «**لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ**»[(٢)]، ولا يتصور مثل ذلك في الهبة، فإن أثاب الموهوب له عن تلك الهبة فلا شفعة فيها فلم يرَ فيها شفعة، لأنَّ العوض تطوع فلا تنقل الهبة عن أصلها إلا أن يقوم دليل على أنهما عملا على ذلك، قال محمد فيمن وهب شقصاً للثواب، ثم ترك الواهب الثواب لموضع الشفعة: فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب[(٣)]، يريد: أن الشفعة إنما تجب بعد معرفة الثواب فيأخذ به أو يدع، فإذا أسقط الواهب العوض لم يستحق الواهب[(٤)] الشفعة بجهل[(٥)] العوض.

قال الشيخ ﵀: إذا كانت الهبة قائمة، فالقول صحيح، وكذلك[(٦)] إذا فاتت[(٧)] على أصل ابن القاسم، وأما على قول أشهب فإنما يستحق القيمة[(٨)]،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٦، النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٤.

(٢) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٢٩، بزيادة من باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم (١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله ﵁.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥.

(٤) قوله: (الواهب) ساقط من (ف).

(٥) في (ف): (لجهل).

(٦) قوله: (قال الشيخ ﵀ إذا كانت الهبة قائمة فالقول صحيح كذلك) ساقط من (ق٢).

(٧) في (ف) و(ق٦): (كانت).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٥.

فإذا كانت الهبة لغير ثواب فأراد الشريك أن يحلف الموهوب أنهما لم يُسِرَّا بيعاً لم يحلف[(١)] إلا أن يكون ممن يتهم.

وقال مالك في المجموعة: فإن رأى أنها لثواب؛ لأنه محتاج وهب لغني أحلف الموهوب له، وإن كانت على صغير أحلف أبوه، وإن كان في غنى عن الثواب، وإنما كانت لقرابة أو لصداقة فلا يمين، وإن لم تكن قرابة ولا صداقة[(٢)] ولا حاجة به[(٣)] إليهم، فاليمين[(٤)] في ذلك[(٥)]، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب في رجل له دار فتصدق بنصفها، وباع النصف في مجلس واحد: فإن بدأ بالصدقة كانت الشفعة للمتصدق عليه، وإن كان في كلام واحد، وإن بدأ بالبيع فلا شفعة، وإن قال: كنت تصدقت وبعت فلا شفعة، ولا ينظر إلى ما بدأ به[(٦)]، ولا يقبل قوله[(٧)].

فصل[(٨)]

[في الدار تكون بين رجلين فيبيع أحدهما طائفة منها]

وإذا كانت دار بين رجلين فباع أحدهما طائفة لنفسه بعينها، كان شريكه بالخيار بين خمسة أوجه: بين أن يمضي للمشتري ما باع الشريك[(٩)] ويكون له ما

---

(١) قوله: (لم يحلف) يقابله في (ف): (يحلف).

(٢) قوله: (ولا صداقة) ساقط من (ق٢).

(٣) في (ق٢): (له).

(٤) في (ق٧): (فلا يمين).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٧٦.

(٦) في (ق٧) و(ق٢): (له).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٢٠٦.

(٨) قوله: (فصل) ساقط من (ق٢).

(٩) قوله: (يمضي للمشتري ما باع الشريك) يقابله في (ق٢): (يمضيها الشريك أو يبيع له ما بيع

(ف) ٤٠/أ

لم يبع[(١)] بلا شركة[(٢)] أو يجوز[(٣)] البيع في الطائفة/ المبيعة، ويكون الثمن بينهما أو يرد البيع في نصيبه، ولا يستشفع نصيب شريكه أو يستشفع،[(٤)] أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة إلى البائع مضى البيع فيها، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع أو رده، وإن صار بعضها عند من لم يبع فأجاز له البيع مضى البيع، وإن رد البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي في يديه إلا أن يكون الذي رد الشريك البيع فيه أيسر الطائفة فلا يكون له أن يرد للباقي[(٥)].

واختلف إذا قال البائع: ليس لك أن تبقي ما لم تبع شركة، وتشاركني في المبيع ولكن قاسمني فيصير ذلك لي أو إليك، فقيل: لا مقال له في ذلك، والمبدى الشريك الذي لم يبع حسب ما تقدم، وقيل: ذلك له، وهو أحسن؛ لأن كون ما لم يبع شركة ضرر عليه، وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة، فإما رضي بإمضاء ذلك أو برده ويرجعان إلى المقاسمة.

= أو)، وفي (ق٧): (يمضيها للمشتري والشريك).

(١) قوله: (ما لم يبع) يقابله في (ق٢): (أو يبيع له ما بيع).

(٢) قوله: (بلا شركة) زيادة من (ف). وزاد بعده (ق٧)،(ق٢): (أو يكون ما لم يبع شركة).

(٣) قوله: (أو يجوز) يقابله في (ق٧) و(ق٢): (بينهما ويجيز).

(٤) قوله: (ولا يستشفع أو يستشفع) يقابله في (ف): (ولا يشفع نصيب شريكه أو يستشفعه)

(٥) قوله: (فلا يكون له أن يرد للباقي) ساقط من (ق٢).

فصل

[في حبس أحد الشريكين نصيبه في دار ثم يبيع الثاني هل للأول الأخذ بالشفعة؟]

وقال مالك في دار بين رجلين[١] حبس أحدهما نصيبه منها على رجل وعلى عقبه ثم باع الآخر نصيبه فأراد الذي حبس أن يأخذ بالشفعة، قال: ليس ذلك له، لأنه ليس له أصل يستشفع به إلا أن يأخذ ذلك ليجعله في مثل ما جعل الأول، قال: وليس للذي حبس عليهم أن يأخذوه بالشفعة؛ لأنه لا أصل لهم[٢]، وقد قيل: إنه لا شفعة للمحبس، وإن أراد أن يجعله في مثل الأول، وهو أقيس؛ لأنه لا أصل له، وإذا كان قد سقط ملكه بالتحبيس، وكانت الشفعة ساقطة لم يكن له أن يتطوع بإخراج الثمن لينتزع ملك[٣] من لم يكن له عليه حق في الانتزاع، وهو بمنزلة من أعتق شركاً له[٤] في عبد وهو معسر، وأراد آخر أن يتطوع بدفع القيمة ليستكمل العتق ولم يأمره المعتق بذلك، فإنه لا يقبل ذلك منه، ولو كان الحبس على معينين جرت على قولين، فعلى قول مالك إنه لا يرجع بعد انقراض المعينين إلى المحبس -يعود الجواب إلى ما تقدم، وعلى القول إنه يرجع ملكا له[٥] يكون له أن يستشفعه، وإن لم يلحقه بالحبس، وهذا الجواب في[٦] الشفعة، وأما جواز الحبس فإن كانت الدار تحمل القسم جاز الحبس؛ لأنه

---

(١) في (ق٢): (شريكين).

(٢) انظر: تهذيب المدونة: ٤/ ١٧٣

(٣) قوله: (ملك) ساقط من (ق٧).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ق٢).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ق٢).

(٦) قوله: (الجواب في) يقابله في (ف): (الجواب إلى في).

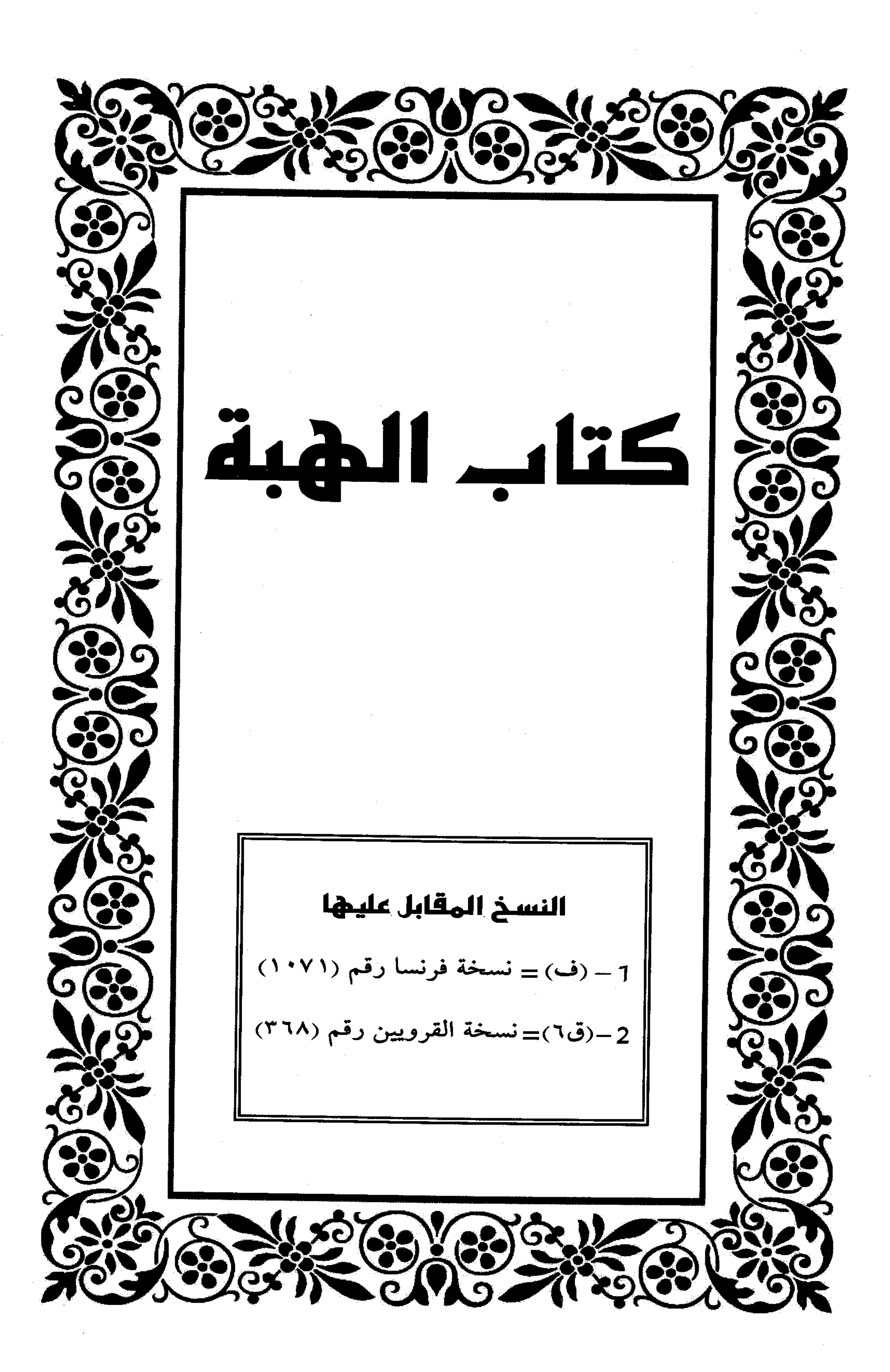
لا ضرر على الشريك في ذلك إن كره البقاء على الشركة -قاسم، وإن كانت لا تنقسم كان له أن يرد الحبس للضرر الذي يدخل عليه في ذلك[1] لأنه لا يقدر على البيع بجميعها، وإذا فسد فيها شيء لم يجد من يصلح معه، وإن كان علو لرجل والسفل لآخر فحبس صاحب السفل كان لصاحب العلو أن يرد تحبيسه لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلح له، ومن حقه أن يحمل له علوه السفلي، وإن حبس صاحب العلو كان للآخر أن يرد ذلك للضرر متى وهَي فقد يسقط منه ما يفسد سفله، ولو كان الحبس في شرك من حائط كان الجواب على ما تقدم في الدار ينظر هل تنقسم أم لا؟.

تمَّ كِتابُ الشُّفعةِ مِن التبصرةِ،

والحمدُ للهِ حقَّ حَمْدِهِ

---

(١) قوله: (في ذلك) ساقط من (ق٧).



كتاب الهبة

النسخ المقابل عليها

1 - (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

2 -(ق٦)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)



كتاب الهبة(١)

باب



في هبة الثواب والوجه الذي تجوز عليه، وقدر الثواب وجنسه، وهل يمنع الرد ويوجب الثواب

(ف) ٤٠/ب

/ هبة الثواب جائزة، وإن لم يسم العوض؛ لأن القصد من أخذها مكارمة الواهب، فجاز قبولها على ذلك، وقياساً على نكاح التفويض في قول الله عز وجل: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] ؛ فأجاز النكاح على ما يفرضه الزوج بعد العقد لما كان القصد فيه المكارمة(٢)، ولقول عمر رضي الله عنه: من وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته ما لم يرض منها(٣).

وأباح النبي ﷺ بيع العرية بخرصها تمراً إلى الجذاذ(٤). وهو الطعام بالطعام مستأخرًا والرطب باليابس، فأجاز ذلك لأن القصد المكارمة من

---

(١) قد سمي الباب في بعض مخطوطاته بـ (كتاب الهبات) .

(٢) انظر المعونة: ٢/ ٤٩٩.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٧٥٤، في باب القضاء في الهبة، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٤٠)، والبيهقي في الكبرى: ٦/ ١٨١، في باب المكافأة في الهبة، من كتاب الهبات، برقم (١١٨٠٣).

(٤) متفق عليه: البخاري ٢/ ٧٦٣، في باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر، من كتاب البيوع، برقم (٢٠٧٦)، ومسلم ٣/ ١١٦٨، في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، من كتاب البيوع، برقم (١٥٣٩).

المعري، فتجوز الهبة إذا لم يذكر الثواب أو ذكره على وجه البيان فقال: خذ[١] هذه هبة ثواب أو هبتي للثواب لئلا يظن أنها لغير ثواب فينازعه أو يحلفه، واختلف إذا شرط فقال: أهبك هذا العبد على أن تثيبني. فقال عبد الملك في كتاب محمد: الهبة فاسدة[٢]، ورأى أن فائدة الشرط رفع خيار الموهوب له، وذلك يخرجه عن حد المكارمة، وقال في ثمانية أبي زيد: يجب الثواب بنفس القبول، ولا خيار للموهوب له في الرد.

والمعروف من المذهب أنه بالخيار بعد القبض بين الإمساك أو الرد ما لم يفت، ويعتبر في ذلك خمسة أوجه:

أحدها: هل للواهب أن يحبس هبته حتى يثاب؟

والثاني: الصنف الذي يثاب.

والثالث: القدر[٣] الذي يلزم قبوله.

والرابع: ما يفيتها.

والخامس: الوقت الذي يعتبر قيمتها فيه.

فقال ابن القاسم في كتاب الصدقة من المدونة: إن له أن يمنع هبته حتى يثاب[٤]. قال محمد: ليس له أن يمنع من قبضها. وهو أحسن، والشأن أن تسلم[٥] ثم

---

(١) قوله: (خذ) ساقط من (ف).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٨، ونصه: (قال عبد الملك: لا تكون هبة الثواب بشرط أهبك على الثواب، فلو شدد على أخذ الشرط، لم يحل؛ لأن للمشترى فيها غير سهم، فيصير كبائع سلعته بالقيمة).

(٣) في (ق٦): (القول).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٥.

(٥) في (ف): (يعلم).

يطلب الثواب، وإن كان الواهب مريضًا جاز أن يسلمها قبل القبض على القول الآخر، ويجبر على القول الآخر إلا أن يكون الموهوب له فقيرًا؛ فللورثة منعه منها، فإن قبضها منعوه من بيعها حتى يثيب، فإن كان موسرًا لم يكن لهم منعه من البيع على قول مالك في المدونة، ولهم منعه من البيع حتى يثيب على قوله في كتاب ابن حبيب؛ لأنه قال: لا يجبر الواهب على قبول القيمة[1]، فإذا لم يلزمه قبول القيمة كان له أن يمنعه من البيع أو يحدث ما يفيتها حتى يثيبه رضاه، إلا العلي من الجواري، فإنه بالغيبة يمنع الرد؛ خوفًا أن يكون أصابها، فإذا منع الرد لم يمنع الوطء قبل أن يثاب.

فصل

[في الصنف الذي يلزم قبوله من الثواب]

اختلف في الصنف الذي يلزم قبوله من الثواب على ثلاثة أقوال، فقال ابن القاسم: له أن يثيب[2] أي صنف أحب، إلا ما كان مثل الحطب والتبن، فإنه مما لا يتعاطاه الناس بينهم[3]، وقال سحنون: يلزمه قبول ما أعطاه إذا كان فيه وفاء بالقيمة[4]، وقال أشهب: الثواب من العين الدنانير والدراهم، ولا يجبر على قبول العرض[5].

واختلف إذا وجد بالعبد أو العرض عيبًا ، فقال ابن القاسم: يلزمه قبوله كان فيه بعد العيب وفاء بالقيمة أو كان أقل فأتم له القيمة ما لم يكن العيب

---

(١) في (ق٦): (الهبة).

(٢) في (ف): (يثبت).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٦

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٦

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٦

فاحشًا كالجذام والبرص[١]، وقال أشهب: له أن يرد بما يرد به في البيع؛ لأنه إنما أخذه عن القيمة[٢]، وقول ابن القاسم أحسن، وليس القصد من الواهب /إلا أن يعوض[٣] أكثر مما خرج من يده، إلا أنه ينبغي أن يكون له مقال فيما كثر عليه وإن لم يبلغ الجذام، ولا يجبر على قبول ما يتأخر قبضه كخدمة العبد وسكنى الدار، ومن حق الواهب أن يكون الثواب نقدًا ولا يعوض آبقا ولا جنينًا ولا تمرًا لم يصلح للبيع، ومحمل الهبة في هذا الوجه محمل البيع، ولا يعوض من جنس الهبة وأكثر منها بعد الافتراق، ويمنع من[٤] ذلك ما يمنع في البيع، فإن كانت الهبة طعامًا لم يأخذ أكثر، ولا أجود؛ خيفة أن يكون عَمِلا على ذلك.

(ف) ١/٤١

واختلف هل يأخذ أدنى صفةً أو كيلاً؟ وأن يجوز أحسنُ، ولا تهمة في الخسارة، ويختلف إذا عوضه دقيقًا من حنطة فمنعه ابن القاسم في المدونة، قال: لأن مالكًا قال: من باع حنطة فلا يعوض من دقيقها[٥]، وهذا هو أحد قولي مالك فيمن باع زهوًا ثم أقال منه بعد أن صار تمرًا فمنعه مرة، وجعله بمنزلة من باع رطبًا بتمر، وأجازه مرة؛ لأنه طعامه بعينه، فلا يدخله طعام بطعام، وهو أحسن في الرطب والدقيق، فإن رد جملة الدقيق جاز، وكان الموهوب له قد تفضل بالطحن، فإن رد أقل كان الذي أمسك عوضًا عن الطحن، وإن عوضه عنه تمرًا أو قطنية قبل أن يفترقا جاز، وأجازه في كتاب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٨.

(٣) في (ف): (يعرض).

(٤) في (ف): (في).

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٧.

محمد بعد الافتراق إذا كان الأول قائمًا، ورآه في هذا الوجه أخف من البيع لما كان له أن يرد الأول، فيصير بمنزلة ما لو باعه حينئذٍ.

ويختلف إذا فات الأول فمنعه مالك وهو المعروف من قوله[١]، وذكر محمد بن المواز عنه أنه أجاز أن[٢] يثاب عن هبة الحلي إن كان ذهبًا فضة، وإن كانت فضة ذهبًا، بخلاف البيع[٣]؛ لأن هبة الثواب خرجت على وجه المعروف والمكارمة؛ فضعفت التهمة فيه، وأجراها على القرض، وعلى هذا يجوز أن يأخذ عن الحنطة تمرًا، ومنع ابن القاسم أن يثاب عن الثياب أكثر منها؛ خيفة أن يكونا عَمِلا على ذلك، ويجوز ذلك على أحد قولي مالك في الحلي، وهو في الثياب أخف؛ لأن محمل الهبة محمل بيع النقد، ولا يتهمان في بيع النقد في العرض بأكثر منه، ويتهمان في الصرف وإن كان نقدًا على الربا، وإن عوضه منافع سكنى دار أو خدمة عبد أو ركوب دابة جاز إذا كانت الهبة قائمة.

واختلف إذا فاتت فمنعه ابن القاسم وقال: يدخله فسخ الدين في الدين[٤]، وأجازه أشهب في كتاب محمد، واختلف فيه عن مالك[٥]، وقد تقدم ذلك في كتاب الآجال، وإن أثابه دينًا قبل فوت الهبة جاز، وإن كان بعد فوتها جاز إذا كان الدين من جنس القيمة، وهو في القدر مثل القيمة فأقل، ولا يجوز أن يثيبه أكثر، ويدخله في جميع ذلك فسخ الدين في الدين، ويدخله مع ذلك في أكثر سلف بزيادة، وفي خلاف الجنس إذا كانت دنانير أو دراهم الصرف المستأخر.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٢.

(٢) في (ف): (لمن).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٧

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٦.

فصل

[في قدر الثواب الذي يلزم قبوله]

وأما قدر الثواب فلم يختلف المذهب إذا فاتت الهبة أنه يجبر على قبول القيمة وليس له المطالبة بأكثر، واختلف إذا كانت قائمة، فقال مالك وابن القاسم في المدونة: إن أثابه القيمة لزمه قبولها[١]، وسوى بين القيام والفوات[٢].

وقال مالك ومطرف في كتاب ابن حبيب: للواهب أن يأبى، وإن أثابه أكثر من قيمة الهبة قال: وهو معنى قول عمر رضي الله عنه إنه على هبته ما لم يرض منها[٣]، وليس يلزمه قبول قيمتها[٤]، ولو أراد ذلك لباعها في السوق، وإنما /أهداها رجاء الفضل، فإذا لم يعطه كان أحق بهبته، وإن تغيرت بزيادة أو نقص ما لم تفت بموت أو تكون جارية فيصيبها أو يغيب عليها -فلا ترد؛ لأن ذلك ذريعة لإحلال الفروج. انتهى قوله، وأرى إن أثابه ما يرى أنه كان يرجوه من مثل هذا الموهوب له في مثل تلك الهبة -أن يلزمه قبوله، وسواء كانت قائمة أو فائتة، وإلى هذا ذهب بعض أهل العلم، وهو القياس.

(ف) ٤١/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٨ - ٣٩٠.

(٢) في (ق٦): (الفوت). انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤١

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤١.

(٤) قوله: (قبول قيمتها) في (ق٦): (قبولها).

فصل

[فيما يفيت هبة الثواب من حوالة أسواق أو بدن]

وأما ما يفيتها من حوالة أسواق أو بدن فاختلف فيه على أربعة أقوال: فقال ابن القاسم في المدونة: لا يفيتها حوالة الأسواق[١]، وقال في كتاب محمد: ذلك فوت، وسواء كان ذلك بزيادة أو نقص. ولم يختلف عنه أنَّ تغير البدن بزيادة أو نقص فوت[٢]، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: تغير البدن بزيادة أو نقص[٣] ليس بفوت[٤].

وقال أشهب في كتاب محمد: تغير السوق والبدن سواء؛ إن كان بنقص كان المقال للواهب، وهو بالخيار بين أن يلزمه القيمة أو يرضى بأخذها ناقصة، فلا يكون للموهوب له، مقال[٥]. يريد: إلا أن يثيبه برضاه، وإن تغيرت بزيادة كان المقال للموهوب، فإن أحب أن يثيبه وإلا ردها، وإن كره الواهب، وسواء كانت الزيادة من فعله أو غيره، وإن اجتمعت زيادة ونقص لم ترد الهبة إلا باجتماع منهما، فإن أراد الموهوب له أن يردها بالزيادة[٦] -كان للواهب أن يمتنع لأجل النقص[٧]، وإن أراد الواهب ألا يقبل الثواب ويأخذها لمكان

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٠٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٣٩.

(٣) في (ف): (أنه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٣٩.

(٦) قوله: (يردهما لزيادة) في (ق٦): (يرد بالزيادة).

(٧) في (ف): (الزيادة).

النقص -كان للآخر المنع لأجل الزيادة، وقولهم في حوالة الأسواق حسن، فإن زاد جُبِرَ الواهب على قبولها إن أراد الموهوب له، وإن نقص لم يجبر؛ لأن عليه في ذلك ضررًا، وأما تغير الجسم فاستحسن إن زاد من غير فعله أن له أن يرد؛ لأنه لا ضرر على الواهب، وإن كان من فعله مثل أن يقصر الثوب أو يبني الأرض أو يغرسها -أن يكون فوتًا؛ لأن إحداثه رضًى بالتزام الثواب، وأما الدور والأرضون فقال ابن القاسم في كتاب محمد: الفوت في الهبة كالفوت في البيع الفاسد لا يفيتها إلا الهدم والبناء وخروجها من اليد[(١)]، وعلى قول أشهب يفيتها ما يفيت العبد، والثوب[(٢)]، وقال في كتاب محمد في الطعام: يرد مثل كيله أو وزنه[(٣)]، وهذا يحسن إذا كان فوته بغير سببه، فأما إن أكله أو باعه فذلك رضًى بالتزام الثواب؛ فيلزم به، ويمنع رد المثل، وصبغ الثوب عند ابن القاسم فوت، وقال أشهب: ليس بفوت[(٤)].

فإن كان الصبغ يزيد[(٥)] -كان المقال للموهوب له أن يرد إن شاء، وإن كان ينقص[(٦)] كان المقال للواهب له أن يأخذه بنقصه إلا أن يثيبه برضاه، وأما قول أشهب في هذا فيما يغرم فمثل قول مالك في كتاب ابن حبيب - إنه لا يجبر مع القيام على قبول الهبة، وإن أرضاه، وأن له رضاه أو يرده.

وإن كانت أمة فولدت من غير الموهوب له -امتنع الرد على القولين

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٦/ ١٣٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٠.

(٥) قوله: (يزيد) في (ف): (بزيادة لك).

(٦) في (ف): (بنقص).

جميعًا، وإن أحب الموهوب له الرد مع الولد كان للواهب الامتناع لنقص الولادة، وإن أحب الواهب الأخذ لأن الولادة نقص كان[1] للموهوب له الامتناع لمكان زيادة الولد، وإلى هذا ذهب محمد، والقياس إذا كان في الولد ما يجبر النقص أن يكون له الرد وإن كره الواهب؛ لأنه لا ضرر عليه، وقياسًا على البيع يظهر فيه على عيب بعد الولادة.

(ف) ٤٢/أ

وإن وهب شاة فاحتلبها لم يكن رضًى ؛ لأنه/ غلة، وله الخراج بالضمان حتى يرد. وقال سحنون: إن كان عليها صوف فجزه لزمته ولم يردها ؛ لأنه نقص. وأصل ابن القاسم أن له أن يردها، وهبته الصوف بمنزلة سلعتين فاتت الأدنى، فإن زوال الصوف عن الشاة ليس بعيب فيها، والغراس والبناء عند ابن القاسم فوت[2]، وقال أشهب في كتاب محمد: ليس بفوت[3] . والأول أحسن؛ لأن إحداثه ذلك رضًى بالتزام الثواب، وقال مالك: الحرث فوت[4] . يريد: كان فيها زرع أم لا، وعلى قول أشهب ليس بفوت إن أسلمها بزرعها، وإن أقام عليه بعد حصاده أسلمها وحدها؛ لأن ذلك غلة، وكذلك النخل يردها بثمرها إن لم تطب، وإن طابت الثمار وجذها - رد الأصول دون الثمر.

ويختلف إذا لم تجذ وقد طابت أو يبست هل يردها أو تبقى له؟ والعتق والتدبير وتقليد الهدي وإشعاره فوت يوجب القيمة إن كان الموهوب له

---

(١) في (ف): (كما أن).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٥/ ٤١٠، والنوادر والزيادات: ٦/ ١٧٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ١٣٨، ١٢/ ٢٤٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٠.

موسرًا، وإن كان معسرًا كان الواهب بالخيار بين أن يمضي ذلك ويتبعه بالقيمة[١]، أو يرد فعله ويأخذ هبته، وقد عورض هذا بأن قيل: يجب أن يكون للواهب أن يبيعها في القيمة؛ لأن التقليد رضًى بالتزام الثواب، وقول ابن القاسم أصح؛ لأن الموهوب له يقول: إنما التزمت الثواب لفعل فعلته وهو التقليد والإشعار، فردك ذلك ردٌّ لرضاي، وإذا رددت الوجه الذي به التزمت الثواب -لم يلزمني ثواب، وإن كاتب العبد وهو معسر وكانت قيمته مكاتبًا وقبل الكتابة سواء مضت الكتابة، وبيع في الثواب على أنه مكاتب، وإن كانت كتابته أقل ردت الكتابة على القول إن الكتابة من ناحية العتق، ولم ترد على القول الآخر إنها من ناحية البيع إذا لم يحابه في الكتابة.

وقال محمد في الأمة تكاتب وإن كانت على غير وجه التجارة، واستدل أنه أراد العتق بالتخفيف[٢] من الكتابة بما لا يكاتب به مثله -رد الكتابة، وإن علم أنه أراد وجه التجارة وطلب الفضل -كان الواهب أحق به من الغرماء إن فلس، وهي على كتابتها، فإن ماتت ورثها، وإن عجزت كانت أمة، وإن أدت كانت حرة، وولاؤها لمن عقد كتابتها[٣].

وهذا يصح على القول إن الفلس نقض بيع، فلم يجعل له منها سوى ما بقي من الكتابة، والماضي للموهوب له كالغلة، وهذا كما قال: إن اشترى ثوبًا فلبسه ثم فلس إن البائع يأخذ الباقي بجميع الثمن، وإن كان قد أبلاه. وعلى القول إن الأخذ من المفلس كابتداء بيع، وإن جنى جناية عمدًا كان فوتًا -أسلمه

(١) قوله: (ويتبعه بالقيمة) ما بين معكوفتين زيادة من (ف).

(٢) في (ق٦): (بالخفيف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٥.

أو افتداه، وإن كان خطأ فأسلمه -غرم الثمن، وإن افتداه كان له رده.

فصل

[فيمن أراد ردَّ بعض الهبة والتصرف في بعضها الآخر ببيع ونحوه]

وإن[١] باع بعض الهبة وكانت دارًا فباع نصفها، وأراد رد الباقي[٢] -كان الواهب بالخيار بين أن يقبله ويأخذ الثواب عن المبيع[٣]، أو يلزم الثواب عن جميعها[٤]، وقال محمد: إن كانت عرصة لا يضيق ما بقي عما كان يريدها -رد الباقي، وأثاب عن المبيع[٥]، وهذا يصح على قول ابن القاسم، وقد اختلف في من وهب ثوبين فأراد أن يثيب عن أحدهما ويرد الآخر، فقيل: ليس ذلك له. وقال أصبغ في المستخرجة: له ذلك[٦].

(ف) ٤٢/ب

والأول أشبه، وهو بمنزلة من اشترى ثوبين بالخيار صفقة واحدة/ فليس له أن يمسك أحدهما ويرد الآخر، وهذا مع قيامها.

واختلف بعد القول أن ليس ذلك له مع القيام ...[٧] إن باع أحدهما وأراد رد الآخر[٨] فقال ابن القاسم: إذا كان الوجه المبيع لزماه، وإن كان

(١) في (ق٦): (ومن).

(٢) في (ف): (الثاني).

(٣) في (ف): (البيع).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٩٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤١.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤١.

(٧) بياض في نسخة (ق٦) مقداره كلمتان.

(٨) قوله: (وهذا مع قيامها ... وأراد رد الآخر) زيادة من (ق٦).

الأدنى رد الأجود، وقيمة الأدنى يوم قبضه، وقال محمد: له أن يرد الباقي، وإن كان الأدنى لأنه قد كان له أن يردهما جميعا، فإن فات أحدهما ببيع أو عتق أو زيادة أو نقص صار غير قادر على رد الفائت[1]، وقال يحيى: إن باع أحدهما لزماه، وإن كان المبيع الأدنى بمنزلة لو اشتراهما بالخيار فباع أحدهما، قال: ولقد بلغني ذلك عن سحنون، وأرى إن فات أحدهما بأمر أحدثه من بيع أو عتق أن يلزماه كما ذكر عن سحنون؛ لأنه لم يكن له أن يبعض الصفقة، وإن كان من غير سببه أو تغير في نفسه رد الباقي إن كانا متكافئين، وإن فات الأدنى، وكذلك إذا كان الفوت بسببه باع أو أعتق وكان ممن يجهل ويظن أن له أن يأخذ أحدهما وادعى ذلك فإنه يحلف ويرد الباقي بمنزلته إذا كان من غير سببه.

فصل

[فيمن باع الهبة ثم اشتراها وأراد ردها من غير ثواب]

وإن باع الموهوب له الهبة ثم اشتراها وأراد ردها ولا يثيب لم يكن ذلك له؛ لأن البيع رضى منه بالتزام الثواب، ولو حال سوقها أو حالت في نفسها ثم عاد أو عادت لحالها كان له أن يرد؛ لأن ذلك لم يكن بفعله فيعد راضيا، وإنما يمنع الرد لمكان الضرر بالواهب في نقصها أو نقص سوقها، فإذا لم ينظر في ذلك حتى ذهب الضرر سقط مقاله[2].

والجواب في البيع الفاسد بعكس هذا، فإن باع ثم عادت إلى يده ردت، وإن حال السوق ثم عاد لم يرد، والفرق بينهما أنه في الهبة حق لآدمي فينظر هل

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤١، ٢٤٢.

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٩، ٣٩٠.

فعل ما يفهم منه الرضا، وفي البيع الفاسد حق لله عز وجل، فلم يعتبر الرضا بالتزام القيمة بالبيع الثاني؛ لأن المشتري مع البائع الأول رضيها لنفسه، وهي بعد ذلك تنقض، وإنما يعتبر هل في الرد ضرر على أحدهما، فإن عادت إلى يد بائعها لم يكن في الرد ضرر على أحدهما، وإن حال السوق سقط ملك البائع عنها، وإذا سقط ملكه لم يكن له سوى القيمة، ولا يراعى أن يعود إلى مثل السوق الأول، ولو قيل مثل ذلك إذا خرجت من يده ثم عادت إليه لم يبعد كما قال أشهب.

فصل

[في الوقت الذي تضمن فيه قيمة الهبة]

اختلف في الوقت الذي تضمن فيه القيمة، فقال مالك في كتاب محمد: يوم وهبت. وقال: يوم قبضت. قال محمد: لأنه كان في قبضها بالخيار[1]، وهذا الاختلاف على القول أن للواهب حبس الهبة حتى يثاب؛ لأنها محبوسة بالثمن، فإن دخل هذا على حبسها كانت المصيبة على القولين في المحبوسة بالثمن، وإن دخلا على التسليم كانت القيمة يوم الهبة؛ لأنها صارت ملكًا للموهوب له بنفس الهبة، وبقيت على الإيداع، وقول محمد: لأنه كان في قبضها بالخيار - ليس بحسن، وليست كبيع الخيار؛ لأن بيع الخيار على الرد حتى يقبله المشتري، ولهذا كانت المصيبة بعد القبض من البائع، وهبة الثواب على القبول حتى يرد، ولهذا كانت المصيبة قبل القبض وبعده من الموهوب له حتى يرد وكذلك نكاح التفويض على القبول حتى يرد ولهذا كانت فيه[2] قيمة المواريث ووقع فيه

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٣٩.

(٢) قوله: (المصيبة قبل القبض وبعده من ... ولهذا كانت فيه) ساقط من (ف).

الطلب، فإن مات الواهب أو الموهوب له قبل قبض الهبة أو بعد قبضها وقبل الثواب -لم تسقط الهبة، فإن مات الواهب فورثته مكانه، فإن لم تكن قبضت - كان له أن يقبض الثواب ويسلمها، وعلى/ القول الآخر يسلمونها ويقومون بالثواب، وإن مات بعد أن قبضت كان لهم أن يقوموا بالثواب، أو ترد إليهم إن كانت قائمة، وإن مات الموهوب له وهي قائمة[1] كان ورثته بالخيار بين أن يثيبوا[2] أو يردوها، فإن فاتت أخذ من تركته الثواب، وإن فلس- وهي قائمة- كان للغرماء أن يسلموها أو يمكنوا الموهوب له من الثواب عنها، وإن فاتته كان بالخيار بين أخذها أو يسلمها ويضرب مع الغرماء بالقيمة، وإن مات وهي قائمة كان للغرماء أن يسلموها أو يثيبوه، وتباع لهم، وإن فاتت ضرب مع الغرماء بقيمتها ولم يكن له أن يأخذها.

(ف) ٤٣/أ

---

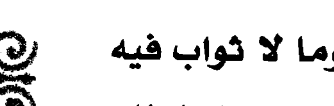
(١) قوله: (وهي قائمة) ساقط من (ق٦): .

(٢) في (ف): (يثبتوا).

باب



فيما فيه الثواب من الهبات وما لا ثواب فيه والثواب بين الأغنياء والفقراء والسلطان والزوجين والآباء والأبناء



ومن وهب هبة ثم قال: أردت بها الثواب، فإن كانت دنانير أو دراهم -لم يقبل قوله؛ لأن الشأن أنها لا توهب للثواب، قال ابن القاسم: ولو كان يرى أنه وهبها للثواب فلا شيء له[١] . يريد: أن الواهب رأى ذلك ولم يره الناس. قال مالك في المختصر: إلا أن يكون لذلك وجه[٢] ، يريد: دليلًا على ما ادعاه، وإن كانت الهبة دارًا أو عبدًا أو عروضًا[٣] أو شيئًا مما يكال أو يوزن لها قدر - قُبِلَ قوله، وإن كانت يسيرة لا يراد بمثلها الثواب -لم يصدق.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد في صفائح الذهب ونقار[٤] الفضة والسبائك والحلي المكسور: لا ثواب فيها، وهي كالدنانير[٥] .

واختلف في الحلي الصحيح، فقال ابن القاسم: فيه الثواب. وقال أشهب في كتاب محمد: لا ثواب فيه[٦] . واختلف في هبة الدنانير والدراهم وغيرها مما لا ثواب فيه إذا اشترط الواهب الثواب، فقال ابن القاسم: الهبة جائزة، وله الثواب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٧.

(٣) قوله: (عروضًا) ساقط من (ف).

(٤) النقرة من الذهب والفضة: القطعة المذابة، وقيل: هو ما سبك مجتمعا منها، والنقرة: السبيكة، والجمع نقار. انظر لسان العرب: ٥/ ٢٢٧.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٣/ ٤٣٧، والنوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٨.

من العروض والطعام[1]. وقال أشهب في كتاب محمد: الهبة فاسدة؛ لأن ثواب الهبات من الدنانير والدراهم إلا أن يتراضيا بعد ذلك[2]، وقول ابن القاسم أبين، فيقضى بالثواب على الحلي عند عدم الشرط؛ لأن العادة فيما يصنع ويستطرف أن هبته للثواب، ويجوز هبة الدنانير والدراهم إذا اشترط أنها للثواب، ولا تفسد قياسًا على غيرها من الهبات، ويكون الثواب من غير العين، ومن وهب عبدًا أو عرضًا فغاب فعوض عن الموهوب له رجل آخر عرضًا أو عبدًا، وقال: أردت به الثواب -كان الموهوب له بالخيار بين أربع: بين أن يثيب عن الأولى أو الثانية أو يعطي قيمة الأولى أو قيمة الثانية، فإن كانت قيمة الأولى أو الثواب عنها أقل من الثانية -لم يكن له غيره، ولم يرجع الآخر على الواهب بشيء، وإن كانت قيمة الثانية أو الثواب عنها أقل -لم يكن له غير ذلك، إلا أن يتطوع بأكثر، فإن أثاب الثاني عينًا وقال: أردت به الثواب من الأولى -لم يقبل قوله، وإن قال: أردت السلف صدق، وكان له الأقل من قيمة الأولى أو السلف.

قال محمد: وإن أثاب الثاني قبل فوت الأولى فذلك فاسد، والموهوب له بالخيار، إن شاء رد القيمة على الذي وهب له، ويرجع/ المثيب الأول من قيمتها أو ما أثاب.

(ف) ٤٣/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٧.

فصل

[في هبة القادم من السفر وفيمن أثاب من صدقة أو أثاب جهلا فيما لا ثواب فيه]

اختلف في الهبة للقادم من السفر كالطعام والفاكهة وما أشبهه، فقال مالك: لا ثواب فيه[1] . وقال محمد بن عبد الحكم في مختصر حمديس: له الثواب . وهو أبين، والشأن رجاء الثواب مما يقدم به المسافر إلا أن الناس على ضربين؛ فمنهم من لا يرضى الكلام على ذلك إن لم يكافأ، فهذا إن وقع بينهما بعد ذلك مقابحة أو مفاسدة فتكلم على هبته -لم يكن له شيء، ومنهم من يتكلم على الثواب؛ فذلك يقضى له به، فأما ما وهبه القادم لجيرانه أو الصديق عند قدومه فليس الشأن الثواب فيه، والشأن أيضًا فيما يهديه الصديق أو الجار في العرس أو غيره من الولائم الثواب، إلا أنهم مختلفون أيضًا في القيام إن لم يثب فمن علم من مثله ألا يطلب -لم يكن له قيام ولا لورثته إن مات قبل أن يثاب، ومن كان[2] مثله يطلب الثواب -كان ذلك له ولورثته، وهي في الصحة والفساد على وجهين: إن كانت العادة أن يثيب من الأول بأقل -كانت جائزة؛ لأن الأولى مكارمة لما كان لا يعود إليه أكثر، فأشبهت القرض، وإن كان قصده أن يثاب أكثر، ولولا ذلك لم يهبه -كانت فاسدة وترد.

واختلف إذا كان الحكم في الهبة ألا ثواب فأثاب جهلًا منه أو أثاب من صدقة، فقال مالك: يرجع في ثوابه إن كان قائمًا ولا شيء له إذا فات . وقال ابن القاسم: إن أثابه دنانير، فقال: أنفقتها أو هلكت -حلف وبرئ، وإن أثابه

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٨.

(٢) قوله: (من) زيادة من (ف).

سلعة فهي له، وإن نقصت، وكذلك إن زادت إلا أن يعطيه قيمتها[١]، وأرى أن يرجع في عوض ثواب بعد الفوت إذا صون به ماله، ولا يصدق في الدنانير ولا غيرها مما يغاب عليه، كما لم يصدق في ذلك إذا استحق من يديه، فادعى التلف؛ لأنه يتهم أن يغيب ذلك، والتلف نادر، ويصدق وإن كان حيوانًا.

فصل

[فيمن وهب هبة مطلقة ثم ادعى الثواب]

وإن كانت الهبة مطلقة لم يذكر فيها ثوابًا ثم قال: أردت الثواب، فإن كان له دليل على ذلك صدق، وإن كان هناك دليل أنه لا يراد بها الثواب -لم يصدق، وإن أشكل الأمر -لم يكن له شيء؛ لقول عمر ﷺ: «من وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته»[٢]. فلم يجعل له فيها مقالًا إلا مع قيام الدليل؛ ولأن موضع الهبات والصدقات عدم الإعواض، والإعواض يخرجها عن الهبات إلى البياعات، فكانت على ما وضعت له إلا أن يعلم أنه أراد المبايعة، وإن كانت الهبة من فقير لغني -كان له الثواب، وإن كان من غني لفقير لم يكن له ثواب. وقيل: إنه نادم؛ لأن المراد بالعطية للفقراء الصدقة، وإن كانت بين غنيين كان له الثواب عند مالك؛ لأن شأن الأغنياء المكافأة.

واختلف إذا كانت بين فقيرين، فقال مرة: لا ثواب له. وذكر أبو الفرج عنه أن له الثواب؛ لأن رجاء الفقير من مثله مثل رجاء الغنيين، وقد يسقط الثواب بين الغنيين، وإن كانت من فقير لغني إذا كانت العادة ألا يراد بها

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٢٤٥، والنوادر والزيادات: ١٢/ ٢٥١.

(٢) سبق تخريجه في أول الكتاب، ص: ٣٤٠٥.

الثواب[١]، وقال أشهب في كتاب محمد في هبة الغني أو الفقير للغني: له الثواب ما لم يرد بها عونًا/ في حاجة أو ذبًا[٢]، يريد: أن الشأن فيمن أهدى لمن يسعى له في حاجة أو صرف مظلمة، لا يريد: ثوابًا، وسواء كان الواهب غنيًا أو فقيرًا، وثوابه ما يتكلف من تلك الحاجة، ولا ثواب للسلطان إن وهب لغني، وهو قول محمد[٣].

(ف) ٤٤/أ

واختلف في الهبة له، فقال ابن شعبان لا ثواب عليه. وقال أبو محمد عبد الوهاب: إن كان الواهب فقيرًا فله الثواب، وإن كان غنيًا فلا ثواب له[٤]. وقوله في الفقير حسن؛ لأني[٥] لا أجده يقصد بذلك ذبًا عن مال ولا اكتساب جاه.

وأما الغني فلا ثواب له؛ لأن القصد اكتساب جاهه أو ذب عن مال إلا أن يكون ذلك عند ما لزمه من مطالبات فيفعل ذلك رجاء الترك فلا يفعل، أو طارئًا قدم بتجارته كالأعلاق النفسية يهديها إليه؛ فالشأن في مثل هذا الثواب، إلا أن يعلم أنه اراد اكتساب جاه؛ فيهدي ببعض ما يقدم به، أو يريد المقام والسكنى أو تلزمه مغارم فلا ثواب له إن ترك له ما يرى أنه رجاه، وقال أبو محمد عبد الوهاب: لا ثواب فيما يوهب لفقيه أو لرجل صالح[٦]. قال ابن شعبان: وهي تجب على من وهبها له. يريد: إلا أن تكون الهبة بين فقيهين أو ما أشبه ذلك.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٤.

(٤)انظر: المعونة: ٢/ ٥٠٠.

(٥) في (ف): (لأنه).

(٦) انظر: المعونة: ٢/ ٥٠٠.

فصل

[في الهبة بين الزوجين وبين الوالدين والولد وبين ذوي الأرحام]

واختلف في الزوجين، فقال مالك: لا ثواب بينهما إلا أن يقوم لمن قام به دليل مثل الرجل الموسر تهبه زوجته الجارية الفارهة، يطلبها فتعطيه إياها استقرارًا لصلته، وفي الرجل يهب مثل ذلك لامرأته(١)، وذكر أبو محمد عبد الوهاب في الزوجين قولين: الثواب، وسقوطه(٢)، والأول أحسن؛ لأن قصد كل واحد منهما بهبته التواصل والتعاطف، وهي من الرجل لامرأته أبين إلا أن يكون لقوم عادة فيحملون على عاداتهم، وقال ربيعة: هي من الرجل حسن صحبة، ومن المرأة مواساة ومعونة(٣).

ويختلف في الثواب بين الوالدين والولد على ما تقدم في الزوجين، فلم يجعل بينهم في المدونة ثوابًا، إلا أن يكون هناك دليل، فقد يهب الرجل لابنه استقراراً لما عنده، وما يرى الناس أنه وجه ما طلب بهبته، وعلى القول في الثواب بين الزوجين يكون القول قول من ادعى الثواب من هذين، ودعوى الابن الثواب من الأب أبين من دعوى الأب الثواب من الابن إلا أن يكون قليل ذات اليد والابن موسرًا.

واختلف في ذوي الأرحام فقال ابن القاسم في المدونة في عطية ذي رحم لرحمه في الجد والجدة، والأخ والعمة وابن العم: إن علم أنه أراد الثواب، فإن

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٣، والنوادر والزيادات: ١٢/ ٤٤٤.

(٢) انظر: المعونة: ٢/ ٥٠٠.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٣.

أثابوه وإلا رجع في هبته وما علم أنه لم يرد ثوابًا مثل الغني يصل قرابته الفقراء فلم يصدق. ولم يذكر الحكم إذا عدم هذان الدليلان للواهب، والموهوب له؛ لأن هبة الغني للفقير لا ثواب فيها، وإن كانا أجنبيين والأقارب مختلفون وأقواهم في سقوط الثواب الجد والجدة يهبان لولد الولد، وليس كذلك هبته لهما[(١)] .

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٣.




باب في الهبة أو الثواب يستحقان أو يوجد بهما عيب

وإذا وجد بالهبة عيبًا أو استحقت -كان الحكم في رجوع الموهوب له على الواهب على حكم/ البياعات فيرد من العيب ما يرد به في البيع، فإذا رد أو استحقت -رجع في الثواب إن كان قائمًا، وفي قيمته يوم قبضه إن كان فائتًا، وإن كان الثواب عينًا أو ما يكال أو يوزن- رجع بمثله، وهذا أصل قول مالك وابن القاسم[1] وأشهب، إلا في وجه، وهو أن يثيب عرضًا بعد فوات الهبة، فإنَّ مذهب أشهب ألا يرجع في الثواب وإن كان قائمًا؛ لأنه قال: إنما يجب الثواب بالعين[2]، وإنما أخذ العَرْض[3] عن القيمة ولم يأخذه عن الهبة، فإذا رد الهبة رجع بقيمة الهبة؛ لأن القيمة ثمن العَرْض[4].

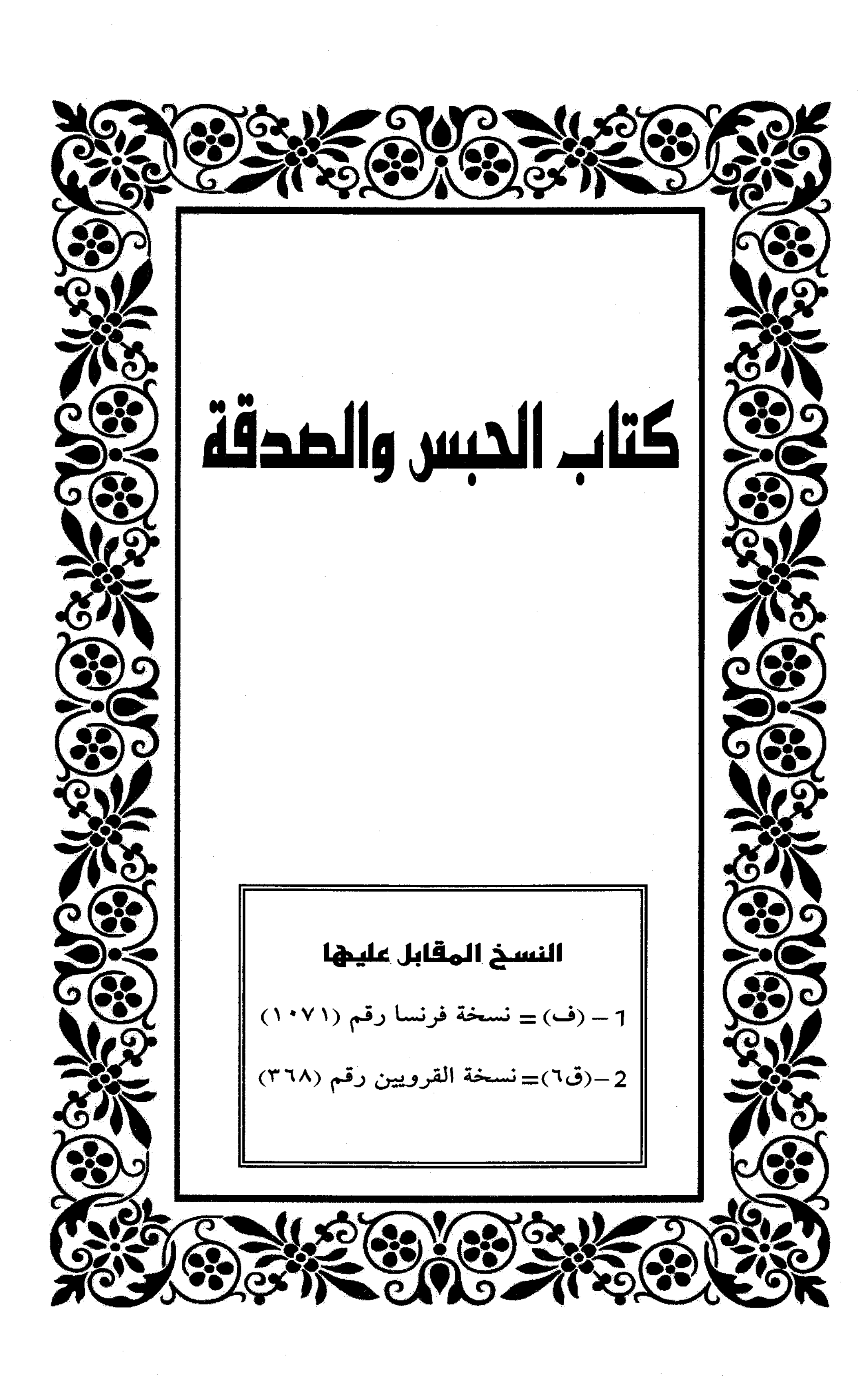
(ف) ٤٤/ب

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٠٤، ٤١٤، والنوادر والزيادات: ١٢/ ٢٤٩.

(٢) في (ق٦): (من العين).

(٣) في (ق٦): (العوض).

(٤) في (ق٦): (العوض).



كتاب الحبس والصدقة

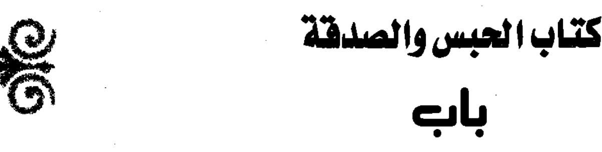
النسخ المقابل عليها

1 - (ف) = نسخة فرنسا رقم (١٠٧١)

2 -(ق٦)= نسخة القرويين رقم (٣٦٨)



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

كتاب الحبس والصدقة

باب

فيمن حبس شيئاً في سبيل الله عز وجل

قال مالك فيمن حبس في سبيل الله : فسبل الله تعالى كثيرة ، ولكن يجعل في الغزو(١). وقال أشهب في المجموعة: القياس أنه في أي سبيل خير وضع جاز والاستحسان أن يجعل في الغزو(٢).

والمسألة على ثلاثة أوجه: فإما أن يقول حبس في سبيل الله تعالى فيكون قد قيد من الطرفين أو يقول حبس ولا يسمي ما يصرف فيه أو يقول في سبيل الله عز وجل، ولا يقول حبس، فإن قال: حبس في سبيل الله جعل في الغزو كما قال مالك؛ لأن العادة جارية أن المراد بهذا اللفظ الجهاد، وإن كان غيره مما يتقرب به(٣) إلى الله عز وجل من سبيل الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] ثم قال: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ ولا خلاف أن المراد بقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ ها هنا: الغزو، وإن كانت الصدقات المذكورة في الآية من سبيل الله، وقال فيمن قال "داري حبس" ولم يجعل لها مخرجاً: أراها

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٥.

(٣) قوله: (به) ساقط من (ف).

حبساً في الفقراء والمساكين[١].

وقال ربيعة في المبسوط فيمن حبس رباعاً ولم يزد على ذلك، قال: يسكنها الولد والقرابة والرحم. وهذا أحسن لحديث أبي طلحة قال: إن أحب أموالي إليَّ بَيْرُحَاء، الحديث. فأمره النبي ﷺ أن يجعلها في الأقربين[٢]. ولا يمنع مالك أن يبتدئ بالأقارب والرحم.

قال مالك: وإن كانت في الإسكندرية وجل ما يحبس فيها في سبيل الله فليجتهد في ذلك الوالي، وأرجو أن يكون له سعة في ذلك[٣]، وقال أشهب: يجعل حبساً في سبيل الله عز وجل[٤].

وأرى أن ينظر في ذلك، فإن كان جل الأحباس من الرباع وغيرها في سبيل الله جعلت الدار في سبيل الله، فإن كانت للسكنى سكنها أهل الغزو، وإن كانت للغلة أكريت وفرق فيهم غلتها، وإن كان جل الأحباس في السبيل من غير الرباع جعلت في الفقراء.

وقال في كتاب النذور فيمن جعل شيئاً من ماله في سبيل الله: فإنه يبيعه ويجعل ثمنه لمن يغزو به[٥]. وقال مالك في كتاب الوصايا من كتاب محمد فيمن أوصى بسلاحه في سبيل الله: لا أحب أن يعطى أهل الغنى[٦] وليعطَ أهل

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٧.

(٢) أخرجه البخاري: ٢/ ٥٣٠، في باب الزكاة على الأقارب، من كتاب الزكاة، برقم (١٣٩٢)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٩٩٥، في باب الترغيب في الصدقة، من كتاب الصدقة، برقم (١٨٠٧).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٧، ٤١٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٥.

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٥٧٣.

(٦) في (ق ٦): (الأغنياء).

الحاجة[١]. قال: ولا يجعل حبساً ولكن يجتهد فيه[٢].

وأرى أن يجعل حبساً ولا يباع، وكذلك إذا قال في فرس أو سيف أو درع أو غيره من آلة الجهاد: وهو حبس، ولم يقل: في سبيل الله، أو قال: في سبيل الله، ولم يقل حبساً فيكون عند ذلك حبساً في الغزو كالذي/ قال: في سبيل الله، فإن قال: داري حبس في سبيل الله، وكانت في المواحيز[٣]، ومما يراد للسكنى سكنها أهل الغزو، وإن كانت للغلة فرقت غلتها عليهم، وإن لم تكن في المواحيز وكان شأنهم أن يبعثوا إلى أهل الغزو وكانت دار السكنى والغلة سواء تؤاجر وتبعث غلتها، وإن لم[٤] يكن الشأن البعثة إليهم حمل قوله في سبيل الله عز وجل على ما يكون في سبيل الله من غير الغزو، فيسكنها الفقراء والمساكين وتكرى لهم إن كانت للغلة، وإن رأى أن يجعل الغلة في إصلاح المساجد أو القناطير أو غير ذلك جاز.

(ف ٤٥/أ)

وإن قال: في سبيل الله، ولم يقل: حبس، بيعت الرقبة، وبعث بالثمن إن كان الشأن البعثة وإن لم يكن فُرِّق، وإن قال: حائطي حبس في سبيل الله، فرق غلته في السبيل، وإن قال: في سبيل الله، ولم يقل: حبس، بيع وصرف ثمنه في

---

(١) لم أقف على كلام مالك هذا معزوّاً لكتاب محمد، وإنما وقفت عليه معزوّاً للعتبية، انظر: البيان والتحصيل: ٢/ ٥٤٨، والنوادر والزيادات: ٣/ ٤١٤.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٤٧٨.

(٣) "المواحيز" جمع "ماحوز": وهو الموضع أو الناحية، وتطلق على المواضع التي يرابط فيها المسلمون، وفي الحديث: (فلم نزل مفطرين حتى بلغنا ماحُوزَنا) قال شمر في قوله (ماحُوزَنا): هو موضعهم الذي أرادوه، وأهل الشام يسمون المكان الذي بينهم وبين العدوّ الذي فيه أَساميهِم ومَكاتِبُهُم الماحُوزَ. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٤/ ٦٢٩، ولسان العرب: ٥/ ٣٣٩.

(٤) قوله: (لم) زيادة من (ق ٦).

المجاهدين والسلاح والكُراع، وإن قال في ثياب: "هي حبس في سبيل الله" لبسها المجاهدون، وإن قال: في سبيل الله، ولم يقل: حبس، بيعت.

وإن قال في عبد: هو حبس في سبيل الله، فإن كانت صناعته مما تراد للجهاد صيقلاً أو سراجاً أو قواساً أو نجاراً أوقف لمثل ذلك، وكذلك إن قال: في سبيل الله، ولم يقل: حبس، وإن كان شجاعاً يعرف بالنجدة وذلك قصد سيده كان العبد بالخيار بين أن يقبل ويوقف لذلك أو يأبى فيباع ويصرف ثمنه في سلاح وغيره؛ لأن الجهاد ساقط عنه، وليس لسيده أن يلزمه القتال، وإن كان يراد للغلة افترق الجواب؛ فإن قال: حبس فرقت غلته، وإن لم يقل حبس بيعت رقبته، وكذلك إن كان للخدمة؛ فإن حبس عينه خدم في الجهاد، وإن لم يقل حبس بيعت رقبته.





باب
ما يجوز حبسه وما يمنع

الحبس ثلاثة: الأرض وما يتعلق بها كالديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق.

والثاني: الحيوان كالعبيد والخيل وغيرها.

والثالث: السلاح والدروع والثياب.

فيجوز تحبيس الصنف الأول وهو الأرض، وما ذكر معها، واختلف في الحيوان والثياب على أربعة أقوال، فأجازه ابن القاسم في المدونة(١)، وذكر أبو الحسن ابن القصار وأبو محمد عبد الوهاب في ذلك قولين: الجواز والمنع(٢)، وقال: من أصحابنا من يقول "يجوز في الخيل"، وإنما الخلاف في غيرها؛ يريد: في العبيد والثياب. وقال ابن القاسم في كتاب محمد: استثقل مالك حبس الحيوان، وقال في رجل حبس غلاما على رجل وعقبه: أكرهه؛ لأنه ضيق على العبد(٣)، يريد: لما كان يرجى له من العتق، وظاهر هذا أنه يكره في العبيد والإماء دون غيرهما.

وأرى أن يجوز الحبس في جميع ذلك، والأصل في حبس الأرض وما يتعلق بها قول النبي ﷺ لعمر لأرض صارت له من خيبر: «**إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا غَيْرَ أَنَّهَا لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا تُورَثُ وَلَا تُوهَبُ**». فتصدق بها عمر في الفقراء والغرباء، وفي الرقاب، وفي سبيل الله وابن السبيل،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٨.

(٢) انظر: التلقين: ٢/ ٢١٦، والإشراف: ٢/ ٦٧٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٠١.

والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم صديقاً غير متمول فيه، أخرجه البخاري ومسلم[١].

وقال النبي ﷺ: «**مَنْ يَشْتَرِي بِئْرَ رُومَةَ فَيَجْعَلُ دَلْوَهُ فِيهِ مَعَ الْمُسْلِمِينَ بِخَيْرٍ لَهُ مِنْهَا فِي الجَنَّةِ**» فاشتراها عثمان وجعلها للمسلمين، وقال: «**مَنْ يَشْتَرِي بُقْعَةَ بِئْرِ فُلَانٍ بِخَيْرٍ لَهُ مِنْهَا فِي الجَنَّةِ**»، فاشتراها عثمان/ وزادها في المسجد، رواهما مسلم[٢]، وقد وقف عمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وزيد بن ثابت وعمرو بن العاص، وزيد بن عبد الله، وابن عمر، وذكر لمالك قول شريح: لا حبس على فرائض الله، فقال: تكلم شريح في بلده ولم يقدم المدنية فيرى أحباس الصحابة ﷺ وأزواج النبي ﷺ، وهذه أوقاف النبي ﷺ سبع حوائط[٣].

(ف) ٤٥/ب

والأصل في تحبيس ما سوى الأرضين قول النبي ﷺ: «**مَنْ حَبَسَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللهِ إِيمَانًا بِاللهِ وَتَصْدِيقًا لِوَعْدِهِ، فَإِنَّ شِبَعَهُ وَرِيَّهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»، أخرجه البخاري[٤]، وقال في خالد: قال: «**حَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَعَبِيدَهُ**[٥] **فِي سَبِيلِ**

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٢/ ٩٨٢، في باب الشروط في الوقف، من كتاب الشروط، برقم (٢٥٨٦)، ومسلم: ٣/ ١٢٥٥، في باب الوقف، من كتاب الوصية، برقم (١٦٣٢).

(٢) أما الحديث الأول فلم أقف عليه في مسلم، والحديث في البخاري: ٣/ ١٠٢١، في باب إذا وقف أرضاً أو بئراً واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين، من كتاب الوصايا، برقم (٢٦٢٦)، والحديث الثاني أيضاً لم أقف عليه في مسلم، والحديث في سنن الترمذي: ٥/ ٦٢٧، في باب في مناقب عثمان ﷺ، من كتاب المناقب، برقم: (٣٧٠٣)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦.

(٤) أخرجه البخاري: ٣/ ١٠٤٨، في باب من احتبس فرساً، من كتاب الوصايا، برقم (٢٦٩٨).

(٥) في (ق ٦): (وأعبده).

الله»، أخرجه البخاري ومسلم[١]، وقال: «**إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ وَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُوا لَهُ أَوْ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ**»[٢]، يريد: الحبس؛ لأن معنى الحبس: حبس الرقاب عن البيع[٣] وتُصْرَفَ منافعُهُ فيما وقف له، فكان الحكم المساواة في ذلك بين الرباع وغيرها.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري: ٢/ ٥٣٤، في باب قول الله تعالى ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾، من كتاب الزكاة، برقم (١٣٩٩)، ومسلم: ٢/ ٦٧٦، في باب في تقديم الزكاة ومنعها، من كتاب الزكاة، برقم (٩٨٣).

(٢) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٥٥، في باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، من كتاب الوصية، برقم (١٦٣١)، والموطأ: ٢/ ٣٩٩، في باب تكفين المحرم، من كتاب الحج، برقم (٥٠٨).

(٣) في (ف): (المبيع).



باب
في بيع الحبس إذ انقطعت منفعته

وإذا انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤه ضرراً جاز بيعه، وإن لم يكن ضرراً ورجي أن تعود منفعته لم يجز بيعه. واختلف إذا لم يكن ضررٌ ولا رجا منفعته، فأجاز ابن القاسم وربيعة البيع ومنعه غيره، فقال مالك فيما ضعف من الدواب حتى صار لا قوة فيه للغزو أو كَلِبَ أو خَبُثَ: يباع، ويجعل ثمنها في غيره من الخيل، قال ابن القاسم: فإن لم يكن في ثمنه ما يشترى به فرس أو هجين أعين به في فرس. وقال في الثياب: إن لم يكن فيها منفعة بيعت واشتري بقيمتها ثياب، فإن لم يكن في الثمن ما ينتفع به فُرِّق في السبيل(1).

وقال مالك في كتاب محمد: لا تباع الدور والأرضون، وإن خربت وصارت عرصة وقد كان البيع أمثل(2). وقال ربيعة في المساكن تخرب فلا يكون على وليها أن يصلحها فعسى أن يرى الإمام بيع ذلك ويجعل ثمنه في مثله(3). قال سحنون وقال غير مالك: ما جعل في سبيل الله عز وجل من العبيد والثياب لا يباع(4). وقال مالك في كتاب ابن حبيب في الدور المحبسة حول مسجد النبي ﷺ حين زيد فيه: لم يكن بد(5) أن تهدم تلك الدور(6).

وقال ابن حبيب في العبد إن أحدث فساداً أو إباقاً: بيع وجعل ثمنه في

---

(1) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٨.

(2) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٨٣.

(3) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٨.

(4) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٨.

(5) قوله: (بد) ساقط من (ق ٦).

(6) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٨٨.

مثله[١]. وقال أشهب في المجموعة في الرقيق المحبس في السبيل: إن فضل عن عيشهم شيء فرق على فقراء ذلك الثغر، فإن فضل عنهم ففي أقرب الثغور منهم، وإن لم يكن في غلتهم فضل عن عيشهم لم يباعوا ما قام سوادُهُم بما يؤاجرون به، فإن انقطع ذلك وخيف هلاكهم بيعوا وقسمت أثمانهم في السبيل، فإن رأى أن يشترى بأثمانهم سلاح أو خيل فعل[٢]. وقوله: "لا يباعوا ما قام سوادهم بإجارتهم" أصلح[٣] إذا كان ذلك لكساد تلك الصفقة أو لغلاء سعر ورجاء أن تعود لهم منفعة، وإن كان ذلك لأنهم[٤] أسنُّوا أو لغير ذلك مما لا يرجى لهم منفعة بيعوا على قول مالك وابن القاسم.

وأما الفرس يكلب فلا ينتفع به، وإن كان يعلف بيع[٥]؛ لأن بقاءه ضرر على بيت المال أو على ذلك الثغر، فإن كان في الرعي ولا يعلف جرى بيعه على القولين، ولا يباع ما خرب من الرباع إذا كان بالمدينة لأنه[٦] لا يؤمن/ من إصلاحه وقد يقوم محتسب لله عز وجل فيصلحه، وإن كان على عقب فقد يستغني بعضهم فيصلحه.

(ف) ٤٦/أ

وما بعد من العمران ولم يرج صلاحه جرى على القولين، والذي آخذ به في الرباع منع البيع لئلا يتذرع إلى بيع الأحباس.

ومن تعدى على حبس فقطع النخل أو هدم الدار أو قتل العبد والفرس

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٨٧.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٧.
(٣) في (ق ٦): (أصح).
(٤) قوله: (لأنهم) ساقط من (ف).
(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٨.
(٦) قوله: (لأنه) ساقط من (ق ٦).

أو أفسد الثوب أغرم قيمة ما أفسد، فإن كان الحبس في السبيل أو على الفقراء أو المساكين جعل ما أخذ عن هدم أو قطع نخل في بناء تلك الدار وغراسة مثل تلك النخل، وفي مثل ذلك العبد والفرس والثوب، وعلى قول أشهب يصرف فيما يرى أنه أفضل[1].

ويختلف إذا كان الحبس على معين هل يسقط حقه فيما هلك أو يعود حقه في تلك القيمة، فقال محمد فيمن أوصي له بغلة دار أو سكناها فهدمها إنسان، فإن هدمها في حياة الموصي وهو يخرج من الثلث غرم الهادم ما بين القيمتين فيورث عنه وتكون الأرض على حالها فيما وصى به، فإن هدمها بعد موت الموصي بني به تلك الدار، فإن أتى في بنائها على ما كانت عليه أو أقل يكون ذلك للموصى له به[2]، وكذلك إن كان حائطاً فقطع نخله أو شجره.

وفي كتاب الجنايات من المدونة فيمن أوصي له بعبد فقتل فلا شيء له من قيمته[3]، وعلى قول محمد يشتري له من القيمة مثل الأول.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٤٣٨.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٥٨٩.



باب



في صفة الانتفاع بالحبس

الحبس على ضربين: حبس المراد منه[١] غلاته كالثمار وعبيد الإجارة[٢] والحوانيت وما أشبهه ذلك، فإنه يساقي الثمار أو يؤاجر عليها، فما اجتمع من ذلك قسم في الوجه الذي حبس له، والثاني: الديار توقف للسكنى وعبيد الخدمة والخيل فهذه ينتفع بأعيانها، تسكن هذه ويستخدم الآخر وتركب الخيل، فإن لم يكن في ذلك متسع لجميعهم وكان الحبس على معينين كقوله هؤلاء العشرة أو هؤلاء النفر كان لجميعهم، والغني والفقير والآباء والأبناء سواء، فإن لم يكن في الدار محمل لجميعهم اكتريت وقسموا غلتها أو اقترعوا على أيهم يسكن ويدفع إلى الآخر نصيبه من الكراء.

واختلف إذا كان على عقب، فقال مالك وابن القاسم يؤثر الفقراء على الأغنياء والآباء على الأبناء، وسواء قال على ولدي أو ولد ولدي[٣]، وقال عبد الملك في كتاب محمد: لا يؤثر الفقير إلا بشرط من المحبِّس؛ لأنه تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الفقير والمحتاج، وقال مالك: إن اختلفت منزلتهم يؤثر الآباء، وسواء قال ولدي أو ولد ولدي.

وقال في كتاب محمد: هم سواء إلا أنه يفضل ذو العيال بقدر عياله، ولا يكون الآباء أولى من الأبناء، والذكر والأنثى سواء. وقال أشهب: إن قال ولدي وولد ولدي لم يقدم أحدهم على الآخر، وإن قال ولدي ودخل ولد

---

(١) في (ق ٦): (به).

(٢) في (ق٦): (الإجارات)

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢١.

الولد بالتأويل بدئ بالأعيان إذا استوت الحاجة[١].

والقول بالمساواة أحسن، نص على ولد الولد أو أدخل بالمعنى إلا أن تكون العادة تبدية الآباء، وإذا سكن جميعهم ثم استغنى الفقير أو مات بعض العيال أو كثر عيال آخر أو كبر الصغار، فصار رجلاً يحتاج إلى مسكن أو غاب أحدهم افترق الجواب، فقال مالك في كتاب محمد:/ إذا استغنى أحدهم لم يخرج.

(ف) ٤٦/ب

وقال ابن القاسم في العتبية: ينتزع ويرجع إلى عصبة المحبس. قيل له: فإن كان للمحبس ابنة قال: ليس النساء عصبة إنما يرجع إلى الرجل، فإن افتقر بعض للحبس عليهم انتزع ورد إليهم[٢]. وهذا صواب إذا كان الحكم أنه للفقراء إلا أن تكون العادة متى سكن أحدهم لم يخرج وإن استغنى.

وإن مات بعض العيال ففضل مسكن انتزع، وإن كثر عيال أحدهم أو بلغ أحد الولد وتأهل لم يخرج له أحد ولم يستأنف القسم، وإنما تساوى حق الآباء والأبناء في مبتدأ القسم، وإن كان أحدهم في مبتدأ السكنى غائباً قريب الغيبة وقف نصيبه وأكري له، وإن كان بعيداً لم يكن له شيء ولم يستأنف القسم إن قدم، وإن غاب أحدهم بعد القسم على وجه السفر ليعود كان على حقه في مسكنه، ويكريه إن أحب، وإن كانت الغيبة المنقطعة أو خرج على وجه الانتقال سقط حقه إلا أن يكون ذلك المسكن فاضلاً عن جميعهم فيكون على حكم الغلة يقسم كراؤها وله نصيبه من كرائه.

وأما الثمار وغلة الحوانيت والحمامات وما أشبه ذلك فحق الحاضر، ومن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٣٠، ٣١.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٣١٤، وانظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٥.

أحدث سفراً قريباً أو بعيداً أو انتقل سواء، وإن كان في حين الحبس قد انتقل إلى موضع بعيد لم يبعث إليه شيء، وليس العادة ولا القصد من المحبِّس إدخاله في الحبس إلا أن يقدم فيستأنف له القسم.

وإن كان الحبس عبداً يراد للإجارة جرى الحكم في إجارته على ما تقدم من الثمار وغيرها، وإن كان من عبيد الخدمة كان على حكم الدار تراد للسكنى إلا أن العبد يفارق الدار إذا ضاقت عن جميعهم، فإن كثر من حُبِّس عليهم العبدُ وسع في الأيام فإن كانوا ثلاثين كان لكل واحد خدمة يوم من ثلاثين يوماً.




باب في النفقة على الحبس

وهي على ستة أقسام: فقسم[1] نفقته من غلته كان الحبس معيناً أو مجهولاً، وقسم نفقته من غلته إن كان على مجهول، أو على المحبس عليه إن كان على معين، وقسم لا ينفق عليه من غلته كان على معين أو مجهول، وقسم نفقته تارة من غلته، وتارة من غيرها على مجهول كان أو معين، وقسم يختلف فيه هل النفقة على المحبِّس وهو المالك الأول أو على من حُبِّس عليه. والسادس: لا يكون نفقته على أحد إن وجد من يصلحه وإلا ترك.

فالأول ديار الغلة والحوانيت والفنادق نفقتها إن احتاجت إلى إصلاح من غلتها، وإن كانت الديار للسكنى خير المحبَّس عليه بين أن يُصْلِح أو يخرج فيُكْرَى بما يُصْلَح به، ثم يعود.

والثاني: البساتين، فإن كانت حبساً في السبيل أو على المساكين أو على عقب معين ولم يسلم إليهم الأصول، وإنما تقسم الغلة عليهم كانت النفقة عليها منها تُساقَى أو يُستأجَر عليها، فما فضل بعد ذلك أصرف فيما حبس عليه، وإن كان على معينين وهم يَلُونَها كانت النفقة عليهم، والحكم في الإبل والبقر والغنم كالحكم في الثمار، وإن كانت تقسم الغلة عليهم استؤجر عليها، وما فضل أصرف في الوجه الذي جعلت له، وإن كان حبساً على معين سُلِّمت إليهم، وكانوا بالخيار بين أن يلوها بأنفسهم أو يستأجروا/ عليها. (ف ٤٧/أ)

والثالث: الخيل لا تؤاجر في النفقة، فإن كانت حبساً في السبيل فمن بيت

---

(١) قوله: (فقسم) ساقط من (ق٦).

المال، وإن لم يكن بيعت واشترى بالثمن ما لا يحتاج إلى نفقة كالسلاح والدروع، وإن كانت حبساً على معين أنفق عليها، فإن قبلها على ذلك وإلا فلا شيء له.

والرابع: العبيد على ثلاثة أوجه؛ فإن كانت حبساً في السبيل ولهم صنعة تراد للسبيل كانوا كالخيل ينفق عليهم من بيت المال فيوقفوا لتلك الصنعة، وإن كان المراد منهم الغلة كان نفقتهم من غلتهم، وسواء كانوا حبساً في السبيل أو على الفقراء والمساكين أو على مجهول أو على[1] معين، فما فضل بعد نفقتهم من غلتهم[2] أنفق فيما حبسوا عليه.

واختلف في المخدم هل تكون نفقته على صاحبه أو على المخدَم والقول إنه على المخدَم أصوب[3]؛ لأنه منقطع إليه ليله ونهاره، وليس الشأن أن يأخذ نفقته معه، ولو كان يخدم النهار ويأوي إلى سيده كانت نفقته على سيده، ولو قيل نفقته في النهار على المخدَم، فإذا آوى إلى سيده كانت نفقته عليه لكان وجهاً، وكذلك إذا كان العبد حبساً على معين ليخدمه كانت نفقته عليه.

والخامس: أن يضرب للحبس أجلاً يخدم فيه العبد وينتفع بالفرس، فيختلف هل تكون النفقة على المعطِي أو المعطَى كالمخدم؛ لأن الرقبة ها هنا باقية على ملك المحبس، وكذا ينبغي أن يكون الجواب إذا لم يضرب أجلاً على القول إنه يعود بعد موت المحبَّس عليه ملكاً لصاحبه يكون كالمخدم، ويختلف على من تكون نفقته.

---

(١) قوله: (على) ساقط من (ق٦).

(٢) قوله: (من غلتهم) ساقط من (ق٦).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٣٤٥.

والسادس: المساجد والقناطر[١]، فإنه لا تتعلق النفقة وإصلاحه على المحبس، وإصلاح ذلك من بيت المال، فإن لم يكن ولم يجد من يحتسب لله عز وجل بقي حتى يهلك.

فصل

[فيمن حبس عليه عبد أو فرس فلم يقبله]

ويختلف إذا حبس العبد أو الفرس على رجل بعينه فلم يقبله هل يصرف لغيره أو يرجع ملكاً للمحبِّس أو لورثته إن وَصَّى[٢] بحبسه؟ فقال مطرف في كتاب ابن حبيب فيمن حبس عبداً فلم يقبله المحبَّس عليه لأجل نفقته: يرجع ميراثاً.

وقال مالك في كتاب محمد فيمن قال: أعطوا فرسي رجلاً سماه فلم يقبله، قال: إن كان حبساً أعطي لغيره وأرى إن أعطاه ليركبه ليس ليغزو عليه أن يرجع ميراثاً[٣]، وإن كان ليغزو عليه فهو موضع الخلاف؛ لأن الحبس حينئذٍ يتضمن منفعة المحبس عليه، والقربة إلى الله عز وجل، وكذلك الذي وصى أن يحج عنه فلان بكذا والموصي ليس بصرورة، فقال ابن القاسم: يكون المال ميراثاً[٤]، كقول مطرف في الفرس، وقال غيره: يدفع المال لغيره يحج به عنه، كقول مالك ها هنا[٥]. وهو أحسن؛ لأن ذلك يتضمن حقين: حقّاً لله سبحانه

---

(١) في (ق٦): (القناطير).

(٢) في (ق٦): (رضي).

(٣) انظر النوادر والزيادات: ١٢/ ١٠٧.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٣٦٧.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٣٦٧.

وتعالى وهو: الحج والغزو، وحقّاً لآدمي، فإذا أَسْقَطَ الآدميُّ حقَّهُ لم يَسْقُط الحقُّ الآخر.

فصل

[في شرط المحبس أن يصلح المحبس عليه الحبس أو ينفق عليه]

وإن حبس داراً وشرط على المحبَّس عليه أن يَرُمَّها إن احتاجت إلى إصلاح لم يصلح ذلك ابتداء، وقال ابن القاسم: وذلك كراء وليس بحبس، واختلف إذا نزل فقال في المدونة: مرمتها من غلتها، وأجاز الحبس وأسقط الشرط(١).

وقال محمد: يرد الحبس ما لم يقبض، قال: ولو اشترط أن يرم ما اشترى منها بقدر كرائها جاز(٢).

واختلف فيمن أعطى فرساً، وقال: تحبسه سنة ولا تركبه ثم هو لك ملك، أو قال: يكون في يديك حبساً تغزو عليه، أو قال: تحبسه سنة(٣) وتغزو عليه، ثم هو لك ملك، فقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم: من أعطى رجلاً فرساً ينفق عليه سنة، فإذا انقضت/ فهو له، قال: غير ذلك من الشرط أفضل، فإن وقع جاز، وقال ابن القاسم: إن لم يفت الأجل، فإن أحب أسقط الشرط وبتله له، ويدفع إليه ما أنفق، ويأخذ فرسه، وإن فات الأجل كان للذي بتل له بغير قيمة، ولم يجعل له بيعاً(٤)؛ لأن المالك لم يشترط لنفسه شيئاً

(ف)
٤٧/ب

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٢.

(٢) انظر النوادر والزيادات: ١٢/ ١٠٢ ولفظه: (ولو شرط رم ما يسترم منها من أموالهم، بقدر كرائها، جاز ذلك).

(٣) قوله: (ولا تركبه ثم هو لك ملك، أو قال: يكون ... تحبسه سنة) ساقط من (ف).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٢.

يأخذه، وإنما قال: تأخذه لنفسك ملكاً، وتنفق على ملكك وشرط ألا يعجل الانتفاع به لأمر رأى أن فيه صلاحاً للفرس أو لغير ذلك من الوجوه، وعلى هذا يجري الجواب إذا قال: تحبسه سنة، ثم يكون بعد السنة بيدك حبساً تغزو عليه، وإن كان هذا أثقل.

واختلف في القسم الثالث، فروى ابن القاسم عن مالك فيه الكراهة[1]. وعلى قوله في المختصر إذا نزل مضى، وقال أشهب: ذلك جائز، وهذا أخف.

ولو قال رجل خذ هذا الفرس، تركبه سنة ثم هو لفلان بتلاً، فترك المعار عاريته لصاحب البتل جاز[2]، وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: من أخدم عبده رجلاً عشر سنين ثم هو له بتلاً، أو أخدمه ثم قال ذلك بعد الإخدام، فذلك سواء قد صار له يصنع به الآن ما شاء، وقال أصبغ: إن جمع له الآن ذلك معاً فهو كالمحبس إلى الأجل[3]. وهذا أصوب لأنها هبة ومعروف، فلا تغير عن الشرط الذي شرط المالك فيها، وكذلك إذا كانا عقدين، وقال: لا يتصرف فيها بالملك إلا بعد الأجل، وإن قال بعد الإخدام هو لك، ولم يزد كان له من الآن يصنع به ما شاء.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣١.

(٢) انظر المدونة: ٤/ ٤٣١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢١٨.

باب



في مراجع الأحباس وما يرجع منها ملكاً لصاحبها



الحبس على وجهين: على معين ومجهول، والمعين على خمسة أوجه يرجع ملكاً في وجهين. واختلف في ثلاثة هل يرجع ملكاً أو يمضي حبساً.

فإن قال: حبساً على هؤلاء النفر أو هؤلاء العشرة، وضرب أجلاً، أو قال: حياتَهم، رجع ملكاً، ولا خلاف في هذين الوجهين، وقال محمد: ليس هذا حبساً وإنما هو سكنى[1].

واختلف إذا أطلق ولم يسمِّ أجلاً، ولا حياة، وقال: حبساً صدقة، أو قال: لا يباع ولا يورث، فقال مالك مرة: إذا أطلق ذلك لم يرجع ملكاً، وكان على مراجع الأحباس، وقال أيضاً: يرجع ملكاً إلا أن يقول: حبسا[2] صدقة أو لا يباع ولا يورث[3]، وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إذا كان الحبس على إنسان بعينه فهي عمرى، وإن سماها صدقة[4].

وقال ابن وهب في العتبية فيمن حبس داراً على رجل وقال: لا تباع ولا توهب، ثم بدا له، فقال: هي عليك صدقة، فقال: هي له، يصنع بها ما شاء[5]، ولم يرَ قوله لا تباع ولا توهب مما يمنع المرجع.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٢.

(٢) في (ف): (حبس).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٩، والنوادر والزيادات: ١٢/ ١٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤.

(٥) انظر البيان والتحصيل: ١٢/ ٣١٠.

وأرى إن أطلق الحبس أن يرجع ملكاً؛ لأن معنى الحبس حبس الرقاب لتقبض المنافع، فإذا قبضت وانقضت بموت المعطى عاد إلى صاحبه ولا يخرج عن ملكه إلا ما أعطاه؛ ولأن حياة المعطى أجل، ولا فرق بين قوله حياته وسكوته عن ذلك؛ لأن قوله على فلان يتضمن حياته، وكذلك إذا قال حبس صدقة ويعود ملكاً، لأن الحبس على معين يحتمل أن يريد به وجه المحبس عليه أو وجه الله عز وجل، فإذا قال: صدقة أبان أنه أراد به وجه الله عز وجل، ولا يفيد أكثر من ذلك، وليس يفهم منه زيادة مدة ولا قوم[1] آخرين، ولا يختلف أن هذه الكلمة لم توضع لشيء من ذلك/ .

(ف) ٤٨/أ

وقوله: "لا تباع ولا تورث" مشكل يحتمل أن يريد لا تباع ولا تورث أبداً، أو حتى يستوفي هذا ما جعلت له أَوْجَبْتُ ألا أبيعه، ولا يورث عني حتى يستوفي حبسه، فإن كان حيّاً سئل ما أراد، فإن مات قبل أن يسأل حمل على[2] أن ذلك ما عاش المحبس عليه، ولم يسقط حقه في المرجع بالشك إلا أن تكون العادة ألا يباع ولا يورث أبداً.

وقال عبد الملك في المبسوط: إن قال في صدقته: "حبساً" ولم يزد فهي عمرى، وإن قال: صدقتي هذه على فلان وهي محبسة، لم ترجع من بعده إلا أن يقول عليه، ولو قال: صدقة محبسة وفلان يأخذها ما عاش، فإنها حبس[3].

---

(١) قوله: (ولا قوم) في (ف): (ولأقوام).

(٢) قوله: (على) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١١.

فصل

[في رجوع الحبس على المحبِّس بعد انقضاء الأجل أو الحياة]

واختلف إذا كان الحبس على مجهولين، فقال: حبس على فلان وعلى عقبه فانقرض ذلك العقب، فقال مالك في المدونة: لا يرجع ملكاً[1]، وذكر ابن الجلاب قولاً آخر: أنه يعود ملكا[2]، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إن قال في حبسه ما عاش أو عاشوا فهي عمرى مالٌ لصاحبها ولا يحرمها قوله صدقة، ولا قوله لا تباع ولا تورث، ولا تعقيبه[3] إياها؛ لأن هذا كالشرط المرجع[4]. ولم ير ذلك إذا أطلق ولم يقل بأعيانهم، ولا ما عاشوا إن كان الحبس معقباً وقال: صدقة ولا يباع، ولا فرق بين قوله "ما عاشوا" ولا إطلاقه ذلك؛ لأن الإطلاق لا يقتضي أكثر من حياتهم.

واختلف أيضاً إذا ضرب أجلاً، فقال محمد: إذا سمى عقباً أو نسلاً لم يأتِ فهو من المؤكد الذي لا يضر معه إن سمى أجلاً أو حياة.

وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إن سمى أجلاً أو حياة عاد ملكاً[5]، وهذا أبين له[6] إذا ضرب أجلاً، وإنما رأى مالك إذا سمى العقب ولم يزد ألا يرجع ملكاً؛ لأن الغالب من العقب أنه لا ينقطع، فكأنه أسقط ملكه عنه،

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٩.

(٢) انظر التفريع: ٢/ ٣٥٧.

(٣) في (ف): (لعقبه).

(٤) في (ق٦): (للمرجع)، وانظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤.

(٦) قوله: (له) ساقط من (ق٦).

ورأى مرة أن العقب في معنى المعين، فإذا انقرضوا رجع ملكاً؛ لأنه لم يعطِ غير عقب فلان(١).

فصل

[التصدق يعني التمليك إلا في حالات]

وإن قال: صدقة على فلان أو على فلان وفلان ـ كان ملكاً لهما، قال مالك في كتاب محمد: فإن قال صدقة عليك أو على ولدك أو على عقبك -كان ملكاً، إلا أن يقول لا يباع ولا يورث، قال محمد: إذا عقب الصدقة فهي حبس إلا أن يقول صدقة بتلاً له ولعقبه، فيكون لآخر العقب فإن كان آخر العقب بنتاً كان لها أن تبيع، وقال ابن الماجشون وابن القاسم في كتاب محمد: إذا قال: صدقة على فلان وولده فسبيلها سبيل الحبس(٢). والأول أحسن أن تكون ملكاً أو يحملها على الموجود من الطبقة العليا؛ لأن الأصل في الصدقة التمليك ليس التعقيب، ففارق الحبس.

وكذلك إذا أدخل العقب تركها ملكاً على الأصل في الصدقة أنها تكون ملكاً للمعطَى، فتكون للأول هبة منافع، ولا تباع ولا توهب، فإذا مات انقلب إلى من بعده، فإذا لم يبق إلا بنت أو ولد لا يولد لمثله كانت ملكاً فَيُحَياً الأولون بالذكر ثم يقتسم على جميعهم، وعلى القول الآخر يكون ملكاً لآخرهم يبيعُ إن أحب، فيكون قد أعطى الأولين هبة منافع لما كانت تنتزع منه إلى من بعده، وللآخر هبة رقبة، ولا أرى أن تكون حبساً إذا قال لفلان ولولده، ولم يذكر حبساً، والذي عهده الناس من هذا اللفظ التمليك لمن هو موجود من الولد.

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٩.

(ف ٤٨/ب)

واختلف إذا قال: صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا، فقال مالك في المدونة: ترجع مراجع الأحباس[1]؛ لأنه إنما أعطى بقوله/ "ما عاشوا" منافع لا أكثر من ذلك، وعلى قول مطرف ترجع ملكاً؛ لأنه قال: إذا قال: حبساً على فلان وعقبه ما عاشوا ترجع ملكاً[2]، فهو في الصدقة أبين أن ترجع ملكاً، وقال في كتاب محمد: إن قال داري صدقة عليك وعلى ولدك ما عشتما هي إلى الصدقة بتلاً أقرب[3]، قال: وقد اختلف فيه قول مالك، والصحيح من هذا أنه هبة منافع، وترجع ملكاً لصاحبها.

فصل

[من أوصى بثلثه لفلان وعقبه وكيف يُعْمَلُ في ذلك]

قال محمد: ومن أوصى فقال ثلث مالي لفلان وعقبه لم يكن له أن يستهلكه، وإنما له أن يتجر فيه، وله ربحه، وعليه خسارته، وهو ضامن له، فإن ولد له ولد دخل معه فيه فإن انقرضوا وكان الآخر امرأة أخذته بالميراث تأكله إن شاءت[4]. فحمله على الملك وإن كان معقباً؛ لأن أصل الهبات الملك، فللأول هبة المنافع، وللآخر الرقاب، وعلى القول الآخر يُحَياً الأولون بالذكر، ويقسم على جميعهم إلا أن يقول: لا يباع ولا يوهب، فيكون على مراجع الأحباس.

وإن قال: صدقة أو هبة على بني تميم أو الفقراء والمساكين أو مؤبداً أو

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢١.

حتى يرث الله عز وجل الأرض ومن عليها كان حبساً لا يرجع إلى المعطي أبداً، وقال مالك فيمن حبس على ولده ولا ولد له: فله أن يبيع، وقال ابن القاسم: ليس له أن يبيع إلا أن يُؤْيَس له من الولد، ومن حبس على ولده ثم هو في سبيل الله، فلم يولد له فله أن يبيع، وقال عبد الملك: بل هو حبس[١]. والأول أقيس؛ لأن القصد بالحبس ولده، والمرجع في معنى الاحتياط إن انقرضوا، فإذا لم يكن له ولد لم يلزمه حبس.

وقال ابن القاسم: إن قال حبس على فلان وعقبه ثم مصيرها إلى فلان بتلاً فانقرض الذي بُتِّلَتْ له قبل، ثم انقرض المحبس عليه وعقبه، فإنها ترجع ميراثاً بين ورثة الذي بُتِّلَتْ له يوم مات[٢].

فصل

[في أنواع المحبس عليهم]

المحبس عليهم ثلاثة: معين، ومجهول يترقب انقراضهم، ومجهول لا يترقب ذلك فيهم، فالأول أن يقول حبس على هؤلاء النفر أو على فلان وابنه، أو على ابن فلان.

واختلف في قوله "على بني" كقوله "على بني عبد الله" وما أشبه ذلك في موضعين: أحدهما: هل يحمل[٣] على بنيه لصلبه خاصة، أو عليهم وعلى بنيهم وأعقابهم؟ والثاني: دخول الإناث، فقال محمد: إذا قال ابن ولم يقل ولد كان لفظ التعيين إلا أن يقول بنوه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤، حيث عزاه لمالك.

(٣) في (ق٦): (يحل).

وقال مالك في المجموعة: إذا قال بني فلان ولم يقل ولد، رجعت ملكاً إليه أو إلى ورثته[١]، وحمل قوله على بنيه لصلبه خاصة، وذكر ابن شعبان في دخول الإناث قولين، واحتج من قال: يدخلن بقوله سبحانه ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾، وإن قال: على ولد فلان، فإن كان حبساً كان على العقب وعلى مجهول من يأتي.

واختلف إذا قال: صدقة على ولد فلان هل يحمل على التعيين وعلى من هو موجود يأخذون ذلك ملكاً، أو يكون حبساً معقباً؟ وإن قال: حبس على ولد ظهري كان لولده دون بنيهم، وإن قال: على بني أبي كان لإخوته لأبيه وأمه ولإخوته لأبيه، ويختلف في دخول بنيهم ولا شيء[٢] لإخوته لأمه، وإن قال: على إخوتي كان لإخوته من حيث كانوا دون بنيهم، وإن قال: لآبائي كان للآباء والأمهات والأجداد والجدات من حيث كانوا، وإن بعدوا، ويختلف في دخول العمومة، فقيل: يدخلون لقول الله سبحانه ﴿إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِۦمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] ولا يدخل بهذا[٣] الأعمام/ وإن قال: لأعمامي كان للعمومة من حيث كانوا دون بنيهم، وإن قال: على عصبتي دخل في ذلك نسب الأب من الذكور، وإن بعدوا، ولا يدخل فيه أحد من الأم.

(ف) ٤٩/أ

واختلف إذا قال: على أهلي، فقال ابن القاسم: أهله وآله سواء، وهم العصبة والأخوات والعمات، ولا شيء للخالات[٤]، وقال مطرف في كتاب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٣.

(٢) قوله: (ولا شيء) ساقط من (ف).

(٣) في (ق٦): (بنوا).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٦، والبيان والتحصيل: ١٢/ ١٩٢.

ابن حبيب: يدخل في ذلك جميع أقربائه ورحمه من قبل أبيه وأمه والأخوال والخالات وبنوهم الذكور والإناث وبنو البنات ذكورهم وإناثهم.

واختلف في الأقارب إذا حبس عليهم أو أوصى لهم هل يدخل معهم من كان من قبل الأب خاصة أو يدخل معهم من كان قبل الأم، فقال مالك في كتاب محمد فيمن أوصى لأقاربه قسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد، ولا يدخل ولد البنات[١]، قال ابن القاسم: ولا الخالة، ولا قرابته من قبل أمه، إلا أن لا يكون له قرابة من قبل الرجال[٢]، وقال علي بن زياد عن مالك: يدخل في ذلك قرابته من قبل أبيه وأمه ويعطى بنو البنين وبنو الإخوة وفقراء أبناء[٣] من يرثه. وقال ابن كنانة وأشهب: لا يفضل الأقرب وأسعدهم به أحوجهم. وقال ابن كنانة: إن قال صدقة أعطي الفقراء، وإن لم يَقُل صدقة فأغنياء أقاربه وفقراؤهم سواء[٤].

وإن قال لذي رحمي أعطي من كان من قبل الرجال والنساء، وقال مالك في كتاب محمد فيمن حبس على ولده الذكور والإناث وقال: من مات منهم فولده بمنزلته لا أرى[٥] لولد البنات شيئاً[٦].

وقال ابن القاسم في المستخرجة فيمن قال: داري حبس على ابنتي وولدها فولدها بمنزلتها ذكورهم وإناثهم، فإن ماتوا كان لأولاد الذكور ذكورهم

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٣٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٣٤، والبيان والتحصيل: ١٣/ ١٤٥.

(٣) في (ق٦): (أبنائه).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٣٤، ٥٣٥.

(٥) قوله: (لا أرى) في (ق٦): (أرى).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٣٣.

وإناثهم، ولا شيء لولد بناتها لا لذكورهم ولا لإناثهم، وكذلك قال مالك[١]، وقوله في هذه حسن، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب في الأولى أن يدخل ولد البنت؛ لأن الميت نص على ذلك.

فصل

[في أولى الناس بالحبس]

وقال مالك: يرجع الحبس إلى أولى الناس بالمحبس رجالاً كانوا أو نساء إذا كانوا فقراء، فإن لم يكن فقراء فأقرب الناس لهؤلاء الأغنياء[٢].

واختلف في دخول الأغنياء والنساء، فقال عبد الملك: إن أراد بالحبس المسكنة والحاجة جعل المرجع كذلك، وإن كان أقرب الناس أغنياء لم يعطوا شيئاً، فإن أراد مع ذلك القرابة أوثر أهل الحاجة، فإن لم يكن من له حاجة أعطي الأغنياء[٣]. وقال ابن القاسم في العتبية: إن كان للمحبس ابنة لم يكن لها شيء، وإنما هو للعصبة[٤]. وقال مالك في كتاب محمد: ذلك لكل من لو كانت رجلاً كان عصبة[٥]، قال ابن القاسم: يدخل الجدات والعمات وبنات الأخ والأخوات للأم والأب أو للأب دون الإخوة للأم، وتدخل أمه، وقال مالك: لا تدخل، وقاله عبد الملك: لا تدخل الأم، ولا أحد من الإناث إلا أن ترثه[٦].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٣٠٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٦، حيث عزاه لابن المواز.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٥، والبيان والتحصيل: ١٢/ ٣١٤.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٣.

فأما عمة وبنت أخ فلا، والأول أصوب أن يعطى الأقارب من النساء إذا كن فقراء، وسواء كن من الرجال أو النساء؛ لأن المرجع ليس فيه شرط، وهو بمنزلة حبس لم يسمَّ من يصرف فيه؛ لأن المحبس مات وهو يرى أن العقب لا ينقرض، فكان الوجه أن تصرف في الأقربين لحديث أبي طلحة[1].

وقد قال مالك في كتاب محمد: الذكر فيه والأنثى سواء، وإن اشترط في أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين، قال: لأن المرجع ليس فيه شرط ولا هو تصدق بها على من رجعت/ إليه. ولو لم يكن له يوم يرجع إلا ابنة واحدة كان لها جميعه، قال: وإن انقرض المحبس عليهم إلا امرأة واحدة أخذت جميعه، وإن شرط أن للذكر مثل حظ الانثيين[2]؛ لأن معنى قوله إن كان معها رجل.

(ف) ٤٩/ب

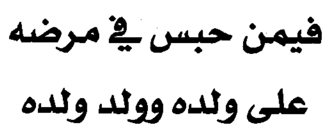
---

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٥٣٠، في باب الزكاة على الأقارب، من كتاب الزكاة، برقم (١٣٩٢)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٩٩٥، في باب الترغيب في الصدقة، من كتاب الصدقة، برقم (١٨٠٧).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٦٧.



باب



فيمن حبس في مرضه على ولده وولد ولده



قال ابن القاسم فيمن حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده ثم مات والثلث يحملها، تقسم الدار على الولد الأعيان وولد الولد، فما صار لولد الولد أخذوه على وجه الحبس، وما صار لولد الأعيان دخلت فيه الزوجة والأم وقسم على فرائض الله عز وجل[1]، يريد: لأن الحبس على وارث وغير وارث، فما ناب الوارث شاركه فيه بقية الورثة، فإن كان الولد أربعة وولدهم أربعة ولم تجز الزوجة والأم الحبس قسم في الأول قسم الحبس، فما صار للورثة قسم على الميراث ودخلت فيه الزوجة والأم.

فإن مات بعد ذلك أحد هذه الطوائف الأربعة الزوجة أو الأم أو الولد الأعيان، أو ولدهم افترق الجواب، فإن ماتت أم الميت[2] وهي جدة الولد الأعيان لم ينتقض القسم، فإن كان لها ولد غير الميت المحبس كان نصيبها لولدها، ولا ينتزع منه إلا بموت الأعيان أو بموت أحدهم.

وكذلك إن ماتت الزوجة ولا ولد لها إلا الولد الأعيان، فإنهم يأخذون نصيبها الذي كانت أخذته منهم، ولا حق لولد الولد فيه، ويكون ما في أيديهم بوجهين بميراث من قبل الأب وبميراث من قبل الأم.

وإن كان إنما مات واحد من الولد الأعيان انتقض جميع نصيبه، وقد كان صار له الثمن فيه، فينتزع من يد الزوجة والأم ما أخذتا منه، فيكمل ثُمُناً ثم

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢١.

(٢) في (ف): (الولد).

يقسم ذلك الثمن أسباعاً فيأخذونه أربعة أسباع، والولد الأعيان ثلاثة أسباعه، فتأخذ الزوجة والأم منه ميراثها وهو السدس والثمن، ثم يضم الباقي إلى ما بيد الولد الأعيان، ويحيى الميت بالذكر، ويقسم أرباعاً فيأخذ الولد الأعيان ثلاثة أرباعه، ويأخذ ابن الميت من الولد الأعيان فيصير ما في يده من وجهين بالحبس من جده وبالميراث من أبيه، وهكذا إن مات ثانٍ وثالثٌ من ولد الأعيان يُجْمَعُ نصيبه في الميراث عن أبيه، فيقسم قسم الأحباس ثم قسم الميراث.

فإن مات الرابع انتزع جميع ما صار للولد الأعيان، وما في يد الزوجة والأم، وسلم ذلك لولد الولد بالحبس، وسقط القسم بالميراث، وإن كان الميت أولاً واحداً من ولد الولد قسم ما كان أخذه أسباعاً؛ فأخذ ولد الولد الثلاثة ثلاثة أسباعه، وأخذ الولد الأعيان أربعة أسباعه فيقتسمونه على الميراث عن الميت المحبس، وتدخل فيه الزوجة والأم. وقال سحنون: لا يدخلان فيه[1]، ورآه كمراجع الأحباس. والأول أصوب؛ لأنهم المحبس عليهم، وإنما يأخذون ذلك بعطية من الميت، وإنما يكون مرجع الحبس بعد انقراض من حبس عليه، وإن لم يحمل الثلث الدار ولم يُجِزِ الورثة، فما حمله الثلث مِنْه[2] عمل فيه حسب ما رسم الميت لو[3] حملها الثلث؛ لأنه لا يصح أن[4] يقطع بالثلث شائعاً، فيحبس ما لم يقصد الميت إلى تحبيسه أو لا يحبس فتغير وصية الميت، وإنما يجمع ثلثه في الدار كالعتق إذا أوصى/ به فلم يحمل الثلث، فإنه

(ف) ٥٠/أ

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٧٩.

(٢) في (ف): (مما).

(٣) في (ف): (أو).

(٤) في (ق٦): (ممن).

يجمع في غير[1] ذلك العبد.

وقال محمد فيمن حبس في مرضه داره على جميع ورثته، ولم يدخل غيرهم ولا بعدهم: فليس بحبس، ولهم إن شاءوا باعوا، وإن شاءوا حبسوا. قال مالك: وكذلك لو قال: حَبْسٌ على ولدي ولم يدخل في ذلك غيرهم. وقاله ابن القاسم وأشهب[2]، وإنما أبطل الحبس ههنا؛ لأنه وصية لوارث، فمن مات قَبْلُ[3] كان نصيبه لمن بعده، فصار ميراث الآخر أكثر ، وهذا على أحد[4] القولين: إن الحبس المعين يرجع ميراثاً، وعلى القول أنه يرجع مراجع الأحباس لا يبطل الحبس، ويصير بمنزلة من حبس على ورثته وغيرهم.

---

(١) في (ق٦): (عين).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٧١.

(٣) في (ق٦): (قبله).

(٤) قوله (على أحد) يقابله في ف (يدل على) والمثبت من ق ٦





باب
في إخراج البنات من الحبس

اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقال مالك في المجموعة: أكره ذلك[(١)].

وقال في العتبية: إن أخرج البنات إن تزوجن فالحبس باطل، قال: وهو الشأن. وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حيّاً فأرى أن يفسخه ويُدخِل فيه البنات، وإن حيز أو مات فات، وكان على ما حبسه عليه[(٢)]. وقال أيضاً: إن كان المحبس حياً فليفسخه ويجعله مسجلاً، وإن مات لم يفسخ[(٣)]، فجعل له أن يرده بعد الحوز ويجعله مُسْجَلاً ما لم يمت؛ لأنه لو لم يحزه الذكور حتى مات بطل وكان ميراثاً، ولم يكن للذكور ولا لغيرهم شيء.

وقال ابن شعبان: من أخرج البنات بطل وقفه، وهذا مثل قول مالك في العتبية، وذكر أبو بكر ابن حزم أن عمر بن عبد العزيز مات وهو يريد أن يرد صدقات الناس التي أخرجوا منها النساء[(٤)]، وعلى هذا يجري الجواب في الصدقات إذا تصدق على الذكور خاصة أو على بعض الذكور، فعلى القول الأول يكره، فإن نزل مضى، وعلى القول الآخر يبطل إن لم يشركهم فيه، وعلى أحد قولي ابن القاسم يفسخ ما لم يُحز، وعلى القول الآخر يفسخ وإن حيزت ما لم يمت.

وقال في كتاب محمد: لا بأس أن ينحل بعض ولده، وإنما يكره أن ينحل جل ماله، قيل: فإن فعل أترى أن يرد؟ فلم يقل شيئاً[(٥)].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٨.

(٢) في (ف): (ماتت)، وانظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٨، والبيان والتحصيل: ١٢/ ٢٠٤، ٢٠٥.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ٢٢٦.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢١٠.

والأصل في المنع حديث النعمان بن بشير، قال: أتى بي أبي إلى النبي ﷺ فقال: إنِّي نَحَلْتُ ابني هذا غلاماً، قال: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟». قال: لَا. قال: «فَارْجِعْهُ»[1]. زاد في كتاب مسلم: «**لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرٍ**»[2]، وقال: «**لَا تُشْهِدْنِي إِلَّا عَلَى حَقٍّ**»[3]، وقال: «**اتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ**»وقد وافقه البخاري على بعض هذه الألفاظ[4].

وكل هذا يتضمن منع عطية بعض الولد لعدم المساواة، فأخذ مالك مرة بهذا، وحمله على الوجوب، ومرة حمله على الندب[5]، ولا يحسن حمل الحديث على من وهب جل ماله أو جميعه لقول النبي ﷺ: «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟**» فأبان أن الرد لعدم المساواة، ولأن ما يبقى الآن بيد الأب لا يفيد من لم يعط شيئاً؛ لأنه إن بقي فورثوه تساووا في ميراثه، وكان ذلك المعطى قد فضل من لم يعط.

---

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٩١٣، في باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئاً لم يجز حتى يعدل بينهم، من كتاب الهبة وفضلها، برقم: (٢٤٤٦)، ومسلم: ٣/ ١٢٤١، في باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، من كتاب الهبات، برقم (١٦٢٣)، ومالك في الموطأ: ٣/ ٢٢٨، في باب النحلى، من كتاب البيوع في التجارات والسلم، برقم (٨٠٥).

(٢) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٤١، في باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، من كتاب الهبات، برقم (١٦٢٣)، وبنحوه أخرجه البخاري : ٢/ ٩٣٨، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد ، من كتاب الشهادات ، برقم (٢٥٠٧)

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه: ١١/ ٥٠٦، في كتاب الهبة، برقم (٥١٠٧) بلفظ «لا تشهدني إلا على عدل».

(٤) أخرجه البخاري: ٢/ ٩١٤، في باب الإشهاد في الهبة، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (٢٤٤٧)، ومسلم: ٣/ ١٢٤١، في باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، من كتاب الهبات، برقم (١٦٢٣).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٣/ ٣٧٠.

واختلف في صفة العدل إذا كان ذكراً وأنثى، فقيل: هو أن يعطيها مثل ما يعطي أخاها، وإلى هذا ذهب أبو الحسن ابن القصار، واستحسن ابن شعبان أن يكون على فرائض الله عز وجل، وهو أحسن؛ لأنه حظها من ذلك المال لو بقي في يد الأب/ حتى يموت، فقد عجل قسمته بينهم، وقد يحمل الحديث «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟**» على أن ولده كانوا ذكوراً، وأما عطية أبي بكر لعائشة رضي الله عنها دون إخوتها[1] فيحتمل أن يكون ذلك؛ لأنه علم من بَنِيه أنهم لا يكرهون ذلك لمكانها من رسول الله ﷺ، أو لأنه كان أعطاهم قبل ذلك.

(ف) ٥٠/ب

فصل

[في أحوال الحبس على البنات]

وقال محمد: من حبس على بناته حياتهن في صحته[2] وشرط أن من تزوج منهن فلا حق لها، فتزوجت واحدة أو كلهن ثم تأيمت فلا حق لها، وسواء كان ذلك في الصحة أو وصية إذا كانت غير وارثة، وقد انقطع ما أوصى لها به، وكذلك إن أوصى بأن ينفق على أمهات أولاده ما لم يتزوجن أو يسكُنَّ[3]، قال: ولو حبس وله بنات متزوجات لم يدخلن في الحبس[4] قال: والمردودة تدخل في حبسي، فإنها تدخل معهم متى رجعت من ذي قبل، وإن قال: من تأيَّم من بناتي

---

(١) أشار بهذا إلى ما أخرجه مالك في موطئه عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «أن أبا بكر الصديق كان نحلها جداد عشرين وَسْقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بُنَيَّة ما من الناس أحدٌ أحبُّ إليَّ غِنًى بعدي منك... الحديث» أخرجه مالك: ٢/ ٧٥٢، في باب ما لا يجوز من النحل، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٣٨).

(٢) في (ف): (صحة).

(٣) في (ق٦): (بسكنى).

(٤) لعل صوابه: (ولو قال).

ولها مسكن بعينه كانت أحق به، ولا حق لها فيها. قيل: ولو شرط لمن هو في حبسه، فقال: فمن تزوجت فلا حق لها، فإن رجعت فإنها تسكن[١]، كذا لم يكن لها في حين تزويجها شيء حتى ترجع فترجع فيما مضى فليست كالتي لم يذكر رجعتها؛ لأنه إذا سمى رجعتها[٢] فكأنه حبس عليها حقها إلى رجعتها فتأخذه، وإن قال: إن رجعت دخلت في حبسي كان لها من يوم ترجع[٣].

وقال عبد الملك في المبسوط فيمن شرط في حبسه أن من تزوج من بناتي فلا حق لها ما دامت عند زوج، فتزوجت واحدة منهن -كان نصيبها لمن هو معها في الحبس من أخواتها ما دامت متزوجة، فإن رجعت أخذته، قال: ولو تزوجن كلهن وقفت عليهن الغلة، فإن رجعت واحدة أخذته كله؛ ما وقف وما يستقبل كأنها لم تتزوج[٤].

وعلى القول المتقدم لا شيء لها في الماضي، وهذا في الغلة، وأما إن كان الحبس سكنى فذلك أبين ألا شيء لمن تزوجت في الماضي وتسكن في المستقبل. وقال محمد: وإن قال: فمن تزوج منهن فلا حق لها، ونصيبها رد على أصحابها أو على أحد سماه، إلا أن يردها الزوج -لم يكن لها إن رجعت، إلا في المستقبل؛ لأنه سمى نصيبها في تزويجها لغيرها، وكذلك إن قال: فمن تزوج منهن فلا حق لها إلا أن ترجع فتدخل في حبسي؛ فإنه يستأنف لها[٥].

---

(١) في (ق٦): (فلها مسكن).

(٢) قوله: (شيء حتى ترجع فترجع فيما مضى فليست كالتي لم يذكر رجعتها لأنه إذا سمى رجعتها) ساقط من (ف).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٧، ٥٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٦.




باب
في من حبس حائطاً أو داراً
أو عبداً[١] على جماعة فمات أحدهم

ومن المدونة قال مالك فيمن حبس حائطه على قوم بأعيانهم وكانوا يسقون ويلون، ثم مات أحدهم بعد الإبار: فلا حق له، ونصيبه في المستقبل على أصحابه، وإن مات بعد الطيب ورث عنه نصيبه[٢]. وقال أشهب: له ذلك بالإبار[٣]، وإن كانت تنقسم عليهم، وليسوا يلون عملها فمات أحدهم -لم يستحق نصيبه بالإبار، واختلف هل يستحقه بالطيب أو يكون لمن أدرك القسم.

واختلف عن مالك في نصيبه في المستقبل هل يرجع إلى المحبس أو يكون لبقية أصحابه، وهو الذي ثبت عليه أنه لأصحابه[٤].

وكذلك إن كان المحبَّس داراً لسكنى أو عبداً يستخدم رجع نصيب من مات عند أصحابه حتى ينقرض آخرهم فترجع إلى المحبس[٥]، فإن كانت الدار للغلة والعبد للخراج كان نصيب من مات على القولين/ هل يرجع إلى أصحابه أو إلى المحبس؟

(ف) ١٥/أ

وحكى أبو محمد عبد الوهاب في المعونة في العبد للخدمة والدابة لتركب عن مالك قولاً آخر أن نصيب من مات لا يكون لأصحابه[٦]، وهو أقيس.

---

(١) قوله: (حائطاً أو داراً أو عبداً) يقابله في (ق٦): (غلة حائط أو دار أو عبد).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٥١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥٢.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٢/ ١٩٠.

(٦) انظر المعونة: ٢/ ٤٩٣.

ولا فرق بين ما يراد للغلة أو للسكنى، ولا فيما يلون عمله ولا يلونه، فإن كان الحبس على خمسة، فإنما جعل لكل واحد الانتفاع من ذلك الحبس بخمسه[1]، فلا يزاد إن مات أحدهم نصيب صاحبه، وإنما يرد إلى المحبس، وإلى من جعل المرجع إليه إلا أن يكون العادة رجوع ذلك إلى بقية أصحابه. وإن جعل لكل واحد مسكناً بعينه، أو قال في العبد: يخدم فلاناً يوماً وفلاناً يومين وفلاناً ثلاثة أيام، أو قال في الثمار: لفلان وَسْق ولفلان ثلاثة، ولفلان خمسة، لم يرجع نصيب من مات إلى بقية أصحابه، وذلك راجع إلى المحبس أو إلى من جعل المرجع إليه.

وإن قال: لفلان وسق، ولفلان وسقان، ولفلان ثلاثة أوسق، ولفلان عشرة أوسق؛ فأخرج الحائط أكثر من تلك التسمية كان الفاضل لصاحب الحائط، وإن أخرج أقل تحاصُّوا في العاجز، وإن مات أحدهم ولم يوفِّ الحائط حُوصِصَ نصيب الميت ولم يرجع نصيبه إلى أصحابه.

وقال مالك في كتاب محمد: إن سمى ما يعطى لأحدهم كل عام من الكيل ولم يسمِّ للآخرين بُدِّئ الذين سمَّى لهم إلا أن يعمل فيه عامل فيكون أولى بإجارته[2]، وأرى إن سمى لأحدهم مكيلة ولآخرين جزءاً، وقال: يعطى فلان عشرة أوسق وفلان ربع الثمرة، وفلان سدسها، وفلان نصف سدسها كان جميع الأجزاء نصف الثمرة، فإن كان نصف الثمرة عشرة أوسق أخذ كل واحد تسميته، وإن كان جميعها ثلاثين وسقاً كان للموصى لهم بالأجزاء نصف

---

(١) في (ف): (بخمسة).

(٢) لم أقف عليه إلا معزوّاً للعتبية عن مالك، انظر: النوادر والزيادات ١٢/ ٣٦، والبيان والتحصيل: ١٢/ ٢١٠.

الثمرة، وللآخر عشرة، ويرجع خمسة إلى المحبس أو إلى من جعل المرجع إليه.

ويختلف إذا كان جميعها أقل من عشرين وسقاً هل يتحاصان، أو يسلم النصف إلى الموصى له، ويكون النقص على أصحاب الأوسق وهو أحسن؛ لأن المحبس أعطى لهذا وجعل الأوسق في النصف الآخر.

وإن حبس على معين وقال: من مات منهم فنصيبه في وجه كذا كان كما قال: يصرف إلى ما سمى، ولا ينتظر موت أحدهم، ويختلف إذا قال: فإن انقرضوا رجع ذلك الحبس في وجه كذا، فمات أحدهم وكان المحبس هو الذي يلي السقي والعلاج هل يكون نصيب من مات لبقية أصحابه أو للمحبس حتى يموت أحدهم فيرجع فيما جعل المرجع فيه، أو يجعل من الآن في ذلك، وأرى أن يرجع إلى المحبس حتى ينقرض آخرهم فلا يرجع نصيب الميت إلى أصحابه؛ لأنه جعله بينهم على أعدادهم، ولا يرجع مراجع الأحباس لقوله: فإذا انقرضوا، وذلك بعيد؛ انقراض جميعهم.

فصل

[في حكم ما يعمله المحبَّس عليه في الحبس من بناء أو إصلاح]

اختلف فيما يعمله المحبس عليه في الحبس من بناء أو إصلاح، فقال ابن القاسم: إن بنى أو أدخل خشباً أو أصلح قليلاً أو كثيراً ثم مات ولم يذكره لم يكن لورثته فيه شيء، فإن قال: خذوه كان ذلك لهم وإن قل[1]، وجعل ذلك المغيرة موروثاً، وإن لم يوص بأخذه إلا ما كان لا قدر له[2].

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٤، والنوادر والزيادات: ١٢/ ٩٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٩٨.

قال محمد: أما كل ما يرى أنه أراد به الحبس وإصلاحه، وإتمامه فلا حق له فيه، أوصى به أو لم يوص، وأما[١] كل ذي بال من العمل والبنيان، ومثل المسكن يحتاج إليه يبنيه ناحية من الدار أو الحجرة[٢]/ ، أو ما يرى أنه لم يرد به الحبس من طريق المرمة[٣] فأراه حقّاً لورثته، ورواه أصبغ عن ابن القاسم، وقال عبد الملك: كل[٤] ذلك حبس ولا شيء لبنيه[٥].

(ف)
٥١/ب

وأرى أن كل ما لا بال له مثل الخشبة تزاد، وما أشبهها فهي حبس، وإن أوصى به، وما كان له قدر مثل البيت فهو موروث إن وصى به، وإن لم يوص به فلا شيء لورثته فيه؛ لأن أمره فيه مشكل، هل بناه حبساً أو على وجه الملك، فإذا لم يذكر كان دليلاً على أنه أراد به حبساً إلا أن يكون مثل ذلك البناء[٦] لا يبنى على وجه الحبس.

---

(١) في (ف): (ذلك).
(٢) في (ف): (الحجر).
(٣) قوله: (المرمة) زيادة من (ق٦).
(٤) قوله: (كل) ساقط من (ق٦).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٠٠.
(٦) في (ف): (الثاني).




باب



في حيازة الأحباس

الأحباس تفتقر إلى حوز كالهبات، فإن بقي في يد المحبس ينتفع به أو لا ينتفع به، وأمكنه أن يصرفه فيما حبس فيه، أو غلته فلم يفعل حتى مات كان ميراثاً، واختلف إذا لم يكن إصرافه فيما حبس له حتى مات.

والحبس أصناف: صنف لا يصح بقاء يد المحبِّس عليه، ولا يحتاج إلى حائز مخصوص وهي المساجد والقناطر والمواجل[1] والآبار، فإذا خلى بين الناس وبينها صح حبسه، وصنف لا يصح بقاء يد المحبِّس عليه ويتعين حائزه وهو المحبس على معين إذا كان مما ينتفع بعينه كالديار لتسكن والعبيد لتخدم والدواب لتركب، وصنف يصح بقاء يده عليه إذا أنفذه فيما حبسه عليه كالخيل يغزى عليها والسلاح يقاتل بها والكتب ليقرأ فيها، فإذا لم يكن الحبس على معين صح أن يعود إلى يده بعد قبضه.

ويختلف إذا لم يأت وقت العادة للجهاد، ولم يطلب الآخذ للغزاة حتى مات المحبس، فقيل: يبطل الحبس ولو كان يركب الدابة إذا عادت إليه ليروضها لم يفسد حبسه، وإن كان يركبها حسب ما يفعل المالك بطل حبسه، وقراءة الكتب إذا عادت إليه خفيف، وإن أنفذ بعض الحبس صح ما أنفذ، وإن قل وهو كحوز الكبير اليسير من صدقة الأب وصنفه مختلف فيه هل يصح بقاء يد المحبس عليه وهو كل حبس على غير معين، والمراد غلاته كالثمار والحوانيت وعبيد الخراج، وهذا الصنف على أربعة أوجه، فإن أخرجه عن يده

(١) قوله: (والمواجل) ساقط من (ف)، والمواجل جمع ماجل وهو: صِهْريج الماء الكثير المجتمع. انظر لسان العرب ١١/ ٦١٦.

وأقام بحوزه وأنفذ غلاته صح[(١)].

واختلف إذا علم أنه كان ينفذ الغلة في الوجه الذي حبسه له أو كان جعله على يدي غيره وكان هو المخرج لغلاته هل تمضي، فقال مالك وابن القاسم: يبطل الحبس[(٢)]، وقال مالك أيضاً والمغيرة ومحمد بن مسلمة في المبسوط: الصدقة ماضية، وإن بقي في يديه إذا كان يخرج الغلة.

وقال مالك في كتاب محمد: إن أسلم ذلك إلى من يحوزه عنه والمحبس يقسم غلاته بين أهله جاز. وقال: وأباه ابن القاسم وأشهب[(٣)].

وأرى ذلك في الوجهين جميعاً؛ لأنه حبس أنفذ فيما[(٤)] حبس له، ولم يعد فيه محبِّسُه ولا كان ينتفع به.

فصل

[في من تصدق بصدقة فلم يقم عليه حتى مرض المصدق]

ومن المدونة قال ابن القاسم في من تصدق بصدقة فلم يقم[(٥)] عليه حتى مرض المتصدق: لم يجز للمتصدق عليه قبضها وكانت ميراثاً[(٦)].

وقد اختلف في موضعين: **أحدهما**: إذا كان المرض بفور الصدقة هل

---

(١) في (ف): (بطل).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١١٠.

(٤) قوله: (وقال وأباه ابن القاسم وأشهب وأرى ذلك في الوجهين جميعاً؛ لأنه حبس أنفذ فيما) ساقط من (ف).

(٥) في (ق٦): (فلم يقبل).

(٦) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٤.

(ف) ٥٢/أ

يخرج من رأس المال؟ والثاني: إذا فرط في القبض هل يخرج من الثلث أو يسقط أو يكون/ له ثلثها؟ فقال مالك مرة: إن لم يفرط في القبض كانت له من رأس المال، وقال مرة: يسقط وإن فرط لم يخرج من رأس المال، قال ابن القاسم: ولا من الثلث.

وقال في كتاب العتق الأول في من أعتق نصيباً من عبد فقيم عليه في المرض أنه يقوم عليه في الثلث، فعلى هذا يخرج الصدقة من ثلثه[1]. وقال أشهب في كتاب محمد: يقضى له الآن بثلثها، فإن صح قضى له بقيتها، قال: ولا أرى قول من قال: يجوز له كلها من ثلثه، ولا من قال: لا شيء له منها[2].

واختلف إذا لم يقم عليه حتى مات بفور الصدقة، فقال: يسقط جميعها[3]، وقال في غير موضع: تصح من رأس المال، فإن فرط لم يصح من رأس المال ولا من الثلث. قال محمد: فلم تخرج من الثلث لأنه سبق فيها حوز الورثة قبل حوز المتصدق عليه بها، وقد صار ما جعل من ذلك لغيره إذ ترك لورثته ولم يستثن ثلثاً ولا غيره. قال: وهو بمنزلة من تصدق بصدقة ثم تصدق بها فقبضها الآخر فهو أحق بها بحوزه.

قال: وقال أشهب: قال ربيعة: إن مات المعطي قبل الحوز كان للمعطى ثلثها، وقال ابن شهاب: بل هي للمعطى إن حملها الثلث[4]، وقول ابن القاسم: "إذا قيم عليه في المرض تكون في الثلث" حسن؛ لأن ثلثه باقٍ على

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٤١٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٢٩.

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٢٩، ١٣٠.

ملكه تجوز أحكامه فيه حسب ما كانت تجوز في الجميع في الصحة.

فصل

[في موت المهدي قبل إهدائه هل تصير هديته ميراثاً؟]

وقال مالك فيما يشتري الناس في حجهم من الهدايا لأهليهم ثم يموت قبل أن يصل[1]: فإن كان أشهد على ذلك كانت لمن اشتريت له، وإن لم يشهد فهي ميراث[2]، وقال في كتاب محمد: فيمن تصدق على ابنته أو امرأته، وهو في سفر بعيد والعبد في يديه على وجه الاختدام ثم مات قبل أن يقدم، قال: إن أشهد من يعلم أنهم يبلغونها فذلك جائز، وإن أشهد من لا يعرف المرأة ولا الولد فلا أدري ما هذا[3].

فأمضى الصدقة للزوجة مع عدم القبض لما لم تكن له تهمة في ترك القبض ولم يكن من المتصدق عليه في ذلك تفريط، واستخف استخدام العبد لما كان باقياً في نفقته حتى يصل، وعلى قوله إن من شرطها القبض لا تصح للزوجة، وتصح للابنة إن كانت بكراً أو ثيباً في ولاية.

وقال مالك في الضحايا يشتريها الرجل ثم يموت قبل أن تذبح، قال: إن كان أشهد في شيء منها أنها لأهله فهي له من رأس المال، وإلا فهي ميراث، وأما أضحية نفسه فهي ميراث وإن أشهد؛ لأنه لا يضحى عن ميت، وإن مات بعد أن ذبح أضحيته أو عقيقته لم تبع لدين ولا لغيره، وأما الهدي فإن مات بعد

---

(١) في (ق٦): (تصل).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤٥.



أن قلد فهو مثل الأضحية بعد الذبح[١].

وقال مالك فيمن بعث بهدية أو صلة لرجل فمات الباعث أو المبعوث إليه قبل أن تصل[٢]: رجعت إلى الباعث أو لورثته[٣].

قال ابن نافع: لأن صاحبها كان فيها بالخيار.

قال مالك: وإن كان أشهد على إنفاذها حين بعثها فهي نافذة، مات الباعث أو المبعوث إليه[٤]، وقال عبد الملك في ثمانية أبي زيد: إن قبضها على وجه الرسالة فلا شيء للمعطى فيها مات المعطي أو المعطى، وإن قبضها على وجه الحيازة للغائب فذلك حوز له.

ومن تصدق على غائب وجعلها على يدي غيره ثم مات المعطي، فإن قال له: لا تعطه/ إياها حتى آمرك -كانت ساقطة، وإن قال: حتى أموت -كانت من الثلث، وإن قال: وصلها إليه، وأَشْهَد له بها، وقال خذها له -مضت من رأس المال، وإن لم يقل خذها عني كانت على الخلاف المتقدم، وإن علم المتصدق عليه، فقال: اتركها عندك -مضت له من رأس المال، واختلف إذا لم يأمر المتصدق بدفعها ولا بحبسها -فقال: ها هنا هي ماضية[٥]، وقال بعد ذلك: هي ساقطة.

(ف) ٥٢/ب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٤٧.

(٢) في (ف): (يصل).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٦٨.

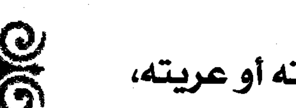
(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٦٨، والنوادر والزيادات: ١٢/ ١٤٥.

(٥) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣٠.

باب



في الرجل يشتري صدقته أو هبته أو عريته، والأب يشتري ما تَصَدَّقَ به على ولده أو وهبه



وقال مالك: ولا يشتري الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره[١]، والأصل في هذا حديث عمر ﷺ قال: حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان له عنده، فأردت[٢] أن أشتريه وظننت أنه بائعه برخص، فقال له النبي ﷺ: «لاَ تَشْتَرِهِ، وَإِنْ أَعْطَاكَهُ بِدِرْهَمٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ الْعَائِدَ فِى صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِى قَيْئِهِ»[٣].

وقال ابن عباس: قال النبي ﷺ: «لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ، الْعَائِدُ فِى هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِى قَيْئِهِ»[٤].

وقد اختلف في خمسة مواضع: أحدها: هل النهي على الوجوب أو الندب؟ والثاني: هل النهي عن الشراء من المتصدق عليه خاصة، أو منه وممن صارت إليه؟ والثالث: هل تدخل في ذلك الصدقات الواجبة كالزكاة؟ والرابع: هل الهبة في ذلك كالصدقة؟ والخامس: هل عطية المنافع كالعرية أو

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٩، والنوادر والزيادات: ٢/ ٢٢٣.

(٢) في (ق٦): (فبادرت).

(٣) أخرجه البخاري: ٢/ ٩٢٥، في باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (٢٤٨٠)، ومسلم: ٣/ ١٢٣٩، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم (١٦٢٠)، ومالك في الموطأ: ١/ ٢٨٢، في باب اشتراء الصدقة والعود فيها، من كتاب الزكاة، برقم (٦٢٣).

(٤) أخرجه البخاري: ٢/ ٩٢٤، في باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (٢٤٧٩).

العرية كالرقاب؟ فالمشهور من المذهب أن النهي في ذلك على الندب، قال مالك: لا ينبغي أن يشتريها، وقال: يكره[١]. وقال الداودي: ذلك حرام. فعلى القول الأول: إذا نزل مضى، وعلى القول الآخر يفسخ، وظاهر ما في كتاب محمد أنه لا يجوز، والأول أحسن؛ لأن المثل ضرب لنا بما ليس بحرام على فاعله؛ لأنه ليس بمخاطب، وقال مالك في كتاب الزكاة: لا يشتري الرجل صدقة حائطه ولا زرعه ولا ماشيته، وذكر عن عمر وابن عمر وجابر أنهم كرهوا ذلك[٢].

وقال ابن القاسم في كتاب النذور: كره مالك للرجل أن يشتري صدقه التطوع فهذا أشد كراهية[٣]. وقال يحيى بن سعيد: من الناس من لا يرى بذلك بأساً[٤]. وفي البخاري قال طاوس: **قال: معاذ لأهل اليمن: إيتوني بعرض من ثياب خميص أو لبيس[٥] في الصدقة مكان الشعير والذرة**[٦].

واختلف بعد القول ألا يفعل إذا نزل هل يجزئه؟ وأرى أن تجزئ قياساً على التطوع، وإن كان لا ينبغي ذلك ابتداءً، ولا يتبع نفسه شيئاً أخرجه لوجه الله عز وجل، فيرده إلى ملكه، وأعظم لأجره ألا يعود إليه، وقد رَثَى النبيُّ ﷺ سعدَ بن خولة أن مات بمكة في وطنه[٧]؛ لأن موته في الموضع الذي هاجر إليه

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٩، والنوادر والزيادات: ٢/ ٢٢٣.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٣٧٧.

(٣) انظر المدونة: ١/ ٥٩٩.

(٤) انظر المدونة ١/ ٣٧٦.

(٥) في (ق٦): (حسن أو لبس).

(٦) الأثر أخرجه البخاري: ٢/ ٥٢٥، في باب العرض في الزكاة، من كتاب الزكاة، وقد ذكره البخاري معلقاً.

(٧) أشار بهذا إلى ما أخرجه البخاري عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه رضي الله عنه قال: (كان =

متغرباً -أعظم لأجره.

وأما الهبة، فقال مالك في كتاب محمد فيمن حمل على فرس، قال: إن لم يكن للسبيل ولا للمسكنة فلا بأس أن يشتريه[١]. يريد: إن لم يكن صدقة. وقال أبو محمد عبد الوهاب: يكره ذلك[٢]؛ لأن الموهوب أو المتصدق عليه قد يستحي فيسامحه فيها، فيكون رجوعاً في ذلك القدر، وهذا أحسن، وليس من مكارم الأخلاق أن يرجع في هبته، وإن كانت الصدقة أبين.

(ف ٥٣/أ)

وأما إن لم يكن ذلك لرغبة من المتصدق ولا من الواهب، وإنما/ هو بسؤال من المتصدق عليه أو من الموهوب له -جاز له؛ لأن ذلك يرجع إلى أنه معروف ثانٍ، ومكارمة من المهدي، وقد أُهدي للنبي ﷺ خميصة لها أعلام ثم ردها إلى صاحبها لما ألهته أعلامها في الصلاة[٣]، وكذلك فعل معاذ؛ لم يكن بحرص من المعطي على بقاء الأول، وإنما كان ذلك طلباً لرضا المعطى، وقد يستخف هذا في الهبة دون الصدقة.

ويختلف في العارية والعرية، وإذا أخدم عبداً أو أسكن داراً أو غير ذلك

=

رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدَّ بي، فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفاتصدق بثلثي مالي... الحديث) أخرجه البخاري: ١/ ٤٣٥، في باب رثى النبي ﷺ خزامة بن سعد، من كتاب الجنائز، برقم (١٢٣٣)، ومسلم: ٣/ ١٢٥٠، في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصية، برقم (١٦٢٨)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٧٦٣، في باب الوصية في الثلث لا تتعدى، من كتاب الوصية، برقم (١٤٥٦).

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٩٦.

(٢) انظر: المعونة: ٢/ ٥٠٤.

(٣) أخرجه البخاري: ١/ ١٤٦، في باب إذا صلى في ثوب له أعلام ونظر إلى علمها، من كتاب الصلاة، برقم (٣٦٦)، ومسلم: ١/ ٣٩١، في باب كراهة الصلاة في ثوب له أعلام، من كتاب الصلاة، برقم(٥٥٦).

من إعطاء المنافع، فقال ابن المواز: كل من تصدق بغلة سنين ولم يبتل الأصل فلا بأس أن يشتري المتصدق ذلك، وإن كان له الأصل، قال: وأبى ذلك عبد الملك واحتج بالحديث في النهي عن الرجوع في الصدقة، وأجاز لورثته أن يشتروا المراجع، قال محمد: والحجة لمالك ما بَيَّنَه رسول الله ﷺ في العرية فهي أعم فيما بتل أصله وأرخص العرية[1]. وقول عبد الملك هو الأصل، ولا فرق بين الرجوع في الرقاب أو المنافع، وكل ذلك داخل في النهي عن أن يعود في الصدقة، ولم يخص.

وأما العرية فإنما أجيزت لأنها على وجه المعروف؛ يضمنها ويكفيه مؤونتها، فهي معروف ثانٍ. وقيل: على وجه دفع الضرر، والضرورات تنقل الأحكام، وقد أجاز بعض أصحاب مالك في النخلة تكون في الحائط يشتريها بخرصها لدفع الضرر[2]، ولو اعترف المعري أنه يشتريها لرغبة في الشراء لا[3] لإرادة معروف ولا لرفع ضرر -لم يجز.

وقد تكون العرية على وجه الهبة فيكون ذلك أخف، وقد منع ابن القاسم في المدونة من تصدق بصدقة أن يأكل من ثمرتها أو يركبها أو ينتفع بشيء منها[4]، فإذا منع أن ينتفع بالغلات كان بَيِّنَاً إذا كانت الغلات هي المتصدق بها أن يمنع من الانتفاع بها.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٩٦.

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٢٨٦.

(٣) في (ف): (إلا).

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٩.

فصل

[في الشيء يجعل لله ثم يريد المتصدق نفسه أن يشتريه]

واختلف فيمن جعل من ماله شيئاً لله سبحانه وتعالى، وكان مما لا يتصدق بعينه، وإنما يتصدق بثمنه؛ هل يجوز للمتصدق أن يشتريه؟ فقال مالك في العتبية فيمن قال في دابة أو عبد: أنا أهديه -إنه مخير في ثمنه أو قيمته، ويجعله في هدي(١).

وقال في كتاب محمد في امرأة جعلت خلاخلها(٢) في سبيل الله إن شفاها الله عز وجل؛ فصحت، هل تخرجهما أو تحبسهما لتخرج قيمتهما؟ فإنه كان يقال: أنجز لله ما وعدته(٣). وهذا أحسن، والأصل أنه يكره أن يتملك شيئاً جعله لله عز وجل أو يعود إلى كسبه، ولا فرق بين المسألتين إلا أن يقول المتصدق: نويت الثمن.

وقال مالك فيمن تصدق على ولده الصغير بجارية فتبعتها نفسه فله أن يقومها على نفسه(٤).

وقال مالك في العتبية مثل ذلك إذا كانت الصدقة بعبد: إن له أن يشتريه(٥).

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ٩٩.

(٢) في (ق٦): (خلاخيلها).

(٣) لم أقف على هذه المسألة إلا في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك، انظر: البيان والتحصيل: ١٨/ ٢٧٨.

(٤) انظر: المدونة: ٤/ ٤٢٩، والنوادر والزيادات: ١٢/ ١٩٨.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ١٣/ ٣٦٢.

وقال في كتاب محمد فيمن تصدق على ابن له بغنم فلا بأس أن يأكل من لحمها ويشرب من لبنها ويلبس من صوفها إذا أعطاه ولده ذلك، ويأكل من ثمرة الحائط، قال ابن القاسم: وكذلك الأم[1]، وقال ابن نافع في شرح ابن مزين: أكره أن ينتفع بصدقته على ولد كانت أو أجنبي، ولا أحب أن ينتفع بشيء منها، وهذا أحسن لعموم قوله ﷺ: «الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ»[2] ولم يفرق، ولأن كل ذلك أراد به وجه الله عز وجل، فلا يرجع في شيء منه، وله أن يشتري الهبة؛ لأن له أن يعتصرها بغير شراء فهو في الشراء أخف.

فصل

[فيمن وهب شيئاً واشترط له شروطاً]

(ف) ٥٣/ب

وقال ابن القاسم فيمن/ وهب نخلاً واشترط ثمرها عشر سنين، فإن سلم النخل يسقى بماء الموهوب له -لم يصح؛ لأنه لا يدري هل يَسْلَمُ النخل إلى ذلك الأجل أم لا[3]، ويجوز الهبة إذا كان السقي على ربها.

وقال محمد: ولو طلب أخذ النخل لم يكن ذلك له؛ لأنه قال: لك نخلي هبة بعد عشر سنين[4].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٩٩.

(٢) أخرجه البخاري: ٢/ ٩٢٥، في باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (٢٤٨٠)، ومسلم: ٣/ ١٢٣٩، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم (١٦٢٠)، ومالك في الموطأ: ١/ ٢٨٢، في باب اشتراء الصدقة والعود فيها، من كتاب الزكاة، برقم (٦٢٣).

(٣) انظر: المدونة: ٤/ ٤٣١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ١٨٧.

وأرى إن قال "هي لك الآن وثمرتها إلى عشر سنين وسقيها" أن يجبر على أن يحوزها إياه الآن، ولو تعدى عليها رجل وقطعها كانت القيمة للموهوب له، وإن قال: هي لك بعد عشر سنين كانت القيمة للواهب.

تم كتاب الحبس

والحمد لله حق حمده



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
كتاب الحبس والصدقة	3429

الموضوع	الصفحة



